
3 1761 08305211 8

# SBORNÍK

# VĚD PRÁVNÍCH A STÁTNÍCH.

**ZALOŽIL BOHUŠ RIEGER.**

ZA ÚČASTENSTVÍ ČLENŮ

**PRÁVNICKÉ FAKULTY KARLOVY UNIVERSITY**

VYDÁVÁ

KAREL KADLEC.

---

PODPOROU MIN. ŠKOLSTÍ A NÁRODNÍ OSVĚTY, MIN. SPRAVEDLNOSTI, ČESKÉ AKADEMIE VĚD A UMĚNÍ A „PRÁVNICKÉ JEDNOTY" V PRAZE.

---

ROČNÍK XXI.




V PRAZE 1921.

**BURSIK & KOHOUT,**

KNIHKUPCI UNIVERSITY KARLOVY A ČESKÉ AKADEMIE VĚD A UMĚNÍ.






KNIHTISKÁRNA B. STÝBLA V PRAZE

# OBSAH ROČNÍKU XXI.

## ČLÁNKY:



## LITERATURA:

Část všeobecná:



Právo římské:



Právo církevní:



Právo slovanské:

*Dr. Bohumil Baxa:*

# Ústavní listina československé republiky a vliv cizích ústav.

1. Stát československý vznikl revolucí: prohlášením tehdejšího představitele národa československého, Národního výboru, že samostatný stát československý vstoupil v život. Tím uhasly všechny úvazky, jež poutaly naše země k dynastii a k rakousko-uherské monarchii, a bylo vytvořiti nové ústavní základy, jež po období revolučním byly konečně dány ústavní listinou z 29. února 1920 čís. 121. sb. z. a nař.

Při budování ústavních základů každého nového státu nutno dbáti dvojího: jednak jest tyto základy stavěti na domácí základy právní a přirozeně se zřetelem na ducha a povahu národa, jednak jest si bedlivě všímati také cizích vzorů, tak aby to, co v cizích ústavách jest pokrokového a moderního a jako takové se skutečně také osvědčilo, mohlo býti přejato v právní řády domácí. V tomto směru nebyl úkol těch, kdož ústavu naši budovali, nikterak snadný. Na domácích základech právních stavěti bylo velmi těžko. Znamená přece již sama revoluce přetržení dosavadního právního vývoje. Ale revoluce samotná nebyla by konečně ani tak na závadu. Revoluce může totiž býti někdy jen zevní, t. j. může znamenati jen svržení dosavadní autority a nahrazení jeho představitelem novým, aniž by vnitřní základy právní nějak podstatně se měnily (na př. revoluce francouzská r. 1830, t. zv. červencová). Potíže záležely v tom, že bylo nutno budovati na zcela nových základech právních, ježto dosavadní základy naprosto nevyhovovaly, resp. změnou poměrů byly předstiženy. Nebude přece, doufám, sporu o to, že český stát nezanikl naprosto ani po státoprávních převratech provedených po r. 1848 a že české státní právo nepozbylo své platnosti, byť i zů-

stalo v podstatě jen právem latentním. Dokladem toho jest, nepřihlížíme-li k aktům panovnickým z oboru práva lenního po r. 1848, státní smlouva mezi »Rakouskem« a Bavorskem na úpravu hranic mezi Čechami a Bavorskem z 24. června 1862 čís. 51. ř. z. a královský reskript z 12. září 1871. Proto bylo by lze snad připustiti náhled, že prohlášením Národního výboru z 28. října 1918 stát český nebyl ustaven, nýbrž vlastně jen znovuzřízen, ovšem rozšířený o část území bývalého království uherského.

Avšak na tomto historickém právu českém stavěti nebylo lze. Máť toto historické právo základ skrz naskrz monarchický, (jako vůbec český program státoprávní z dob bývalého Rakouska vycházel z monarchie) a právě to, co z tohoto práva zůstalo aktuálním až na naše doby, vztahuje se z převážné části jen na instituce monarchické. To vše okamžikem, kdy pro stát československý byla zvolena státní forma republikánská, pozbylo ovšem praktické ceny. Rovněž státoprávní a ústavní skladba zemí koruny české nemohla býti základem moderní skladby československého státu. Stát český byl ve svém jádru státem federalistickým, ve kterém jednota státu byla představována králem, určitými institucemi královskými, z živlů stavovských pak zejména společným inkolátem; ale země samy jinak byly samostatné státoprávní celky mající zvláštní svou ústavu a zvláštní svoje sněmy. Takováto zřízení se do československého státu nehodila. Pro náš stát, rozlohou nikterak značný, nedoporučovaly se zemské sbory zákonodárné, když ve světovém pochodu právotvorném pozorujeme zřejmé snahy o budování jakéhosi soukromého práva mezinárodního a když jedním z nejdůležitějších úkolů našeho zákonodárství bude sjednotiti právo i správu v celé oblasti republiky. Rovněž vedle těchto důvodů věcných i důvody státněpolitické tu byly, které rozhodně mluvily proti federalistické soustavě naší republiky. I po stránce ústavní nebylo tu základu, na kterém bylo by lze stavěti. Ústava českých zemí byla ústavou stavovskou a přeměna těchto ústav v moderní ústavy representativní byla (na rozdíl od Uher) státoprávními převraty v r. 1848 znemožněna. Na těchto základech budovati ústavu československé republiky nebylo prostě ani myslitelno.

Domácí řády právní nebyly takto možny pro vybudování státoprávní a ústavní skladby naší republiky. Rovněž ani řády rakouské pro svůj lžikonstitucionalism nemohly býti vzorem

při zdělávání naší ústavy. Naopak heslo »odrakouštit se« platilo zajisté i v tomto oboru.

Bylo tedy nutno vybudovati ústavu naší republiky na základech úplně nových, podle vzorů cizích. Zde bylo ovšem třeba největší obezřetnosti. Bylo zajisté nutno přijímati tyto cizí vzory s náležitým zřetelem na povahu a ducha národa. Náš národ vstoupil přes noc ze stavu područí do úplné svobody. Postrádal tradic jak politických tak i ústavních a parlamentních, (neboť byly-li tu ze starého Rakouska nějaké takové tradice, byly toho druhu, že bylo záhodno z nich se vymaniti, než aby se v nich pokračovalo). Bylo tedy nutno tyto cizí vzory přizpůsobiti duchu a povaze národa, neboť každá ústava má zajisté hodnotu pouze relativní. Při tom dále bylo v revolučním Národním shromáždění míti stále na paměti, že z důvodů národněpolitických bude nutno zákonnou moc ústavní listiny pojistiti, takže nebude lze snadno ji měniti, a to ani v tom případě, že by se již v nejbližších dobách pociťovala potřeba ji v určitých bodech změniti neb opraviti. To vše byly důvody, které přímo volaly po největší opatrnosti při zdělávání ústavy. Bylo tu nutno všechny nejlepší síly národa shromážditi k tomuto společnému dílu, jak theoretiky, tak i praktiky, jak konečně jsme mohli pozorovati u jiných národů, a dále postupovati tempem velmi zvolným při díle.

A tu jest opravdu více než podivno, že této opatrnosti vůbec nebylo šetřeno. Ač se již od převratu dobře vědělo, že bude nutno přikročiti v době poměrně brzké k zdělání definitivní ústavy, nebylo po dlouhou dobu nic připravováno. Ústavní listina se pořizovala přímo nakvap. »V krátké době musila býti a byla vykonána práce, jež by za normálních poměrů vyžadovala několikanásobné doby.«[1]) A dále. Ústavní listina byla zdělávána přímo s vyloučením veřejnosti[2]), ač bylo dosti schopných lidí v národě, kteří by byli s největší radostí se té práce zúčastnili. Vždyť i

[1]) Hoetzel: Ústavní listina československé republiky, Sborník věd právních a státních, roč. XX., str. 2.

[2]) Z toho důvodu si nedovedu vysvětliti, jak mohl Hoetzel (tamže str. 2.) napsati: »Přímo překvapuje, že širší veřejnost i odborná skoro ničím nepřispěla k dílu pro náš stát významnému.« Pravdou je, že širší veřejnost nemohla vůbec ničím k tomu přispěti prostě z toho důvodu, že z této činnosti byla úplně vyloučena. Viz k tomu i můj článek: »Nebezpečná hra s ústavou.« Národ, roč. IV., čís 5.

právnická fakulta sama přímo nabízela revolučnímu Nár. shromáždění svoje služby; a návrh jednoho člena ústavního výboru, aby k jednání o ústavě v tomto výboru byli přibráni experti z právnické fakulty, byl samým ústavním výborem zamítnut. Jednání o ústavní listině dálo se v největší tajnosti a veřejnost česká i odborná nesměla se o průběhu a obsahu tohoto jednání ničeho dozvěděti jsou odkázána pouze na to, co tu a tam v novinách, z části i německých, do veřejnosti proklouzlo.

2. Stát československý jest vybudován na principu demokratickém. Vysvítá to ze vstupní věty ústavní listiny a výslovně jest to stanoveno v § 1. úst. listiny, jehož odst. 1. praví: »Lid[3]) jest jediný zdroj veškeré státní moci v republice československé.« Ve vládní zprávě důvodové se praví zcela správně, že tento paragraf chce býti slavnostním prohlášením zásady v prvé řadě politické, že v republice veškera moc ve státu pochází z lidu. Podobný úvod bývá prý obvyklý v republikánských ústavách. Zajisté. Pozorujeme jej ve znění více méně totožném v ústavních

---

[3]) S hlediska názvoslovného bylo by lze uvésti, že správnější výraz byl by tu »národ«, poněvadž celek obyvatelstva státního v demokracii zoveme spíše národem než lidem. V názvosloví cizojazyčném vidíme, že se užívá výrazů: nation, peuple (franc.), nation, people a contr. folk (angl.), nazione, popolo (ital.) atd.; v tomto názvosloví lze užívati obou výrazů jako synonym, kdežto v českém jazyce cítíme přece jakýsi rozdíl. Správně tedy po mém soudu zní vstupni věta naši ústavni listiny: »My, národ československý . . .« Když »národ« dává ústavu, jest zajisté on sám zdrojem veškery moci ve státu, nikoli však »lid«.

Doložiti sluši, že vstupní věta ústavní listiny naši republiky jest převzata z ústavni listiny Severoamerické Unie jsouc takřka doslovným jejím překladem:

| Vstupni věta úst. listiny Severoamerické Unie. | Vstupní věta úst. listiny republiky československé. |
| --- | --- |
| »We, the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquillity, provide for the common defence, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.« | »My, národ československý, chtějíce upevniti dokonalou jednotu národa, zavésti spravedlivé řády v republice, zajistiti pokojný rozvoj domoviny československé, prospěti obecnému blahu všech občanů tohoto státu a zabezpečiti požehnání svobody příštím pokolením, přijali jsme . . . ústavu pro československou republiku, jejíž znění následuje.« |

listinách některých kantonů švýcarských, na př. bernském, appenzellském, ženévském, dále v Severoamerické Unii m. j. v ústavní listině státu Pensylvanie a Oklahoma, a rovněž v ústavních listinách republik mexické, argentinské, brasilské atd. V jiných republikánských státech zase máme ustanovení, že národ sám jest to, který zakládá stát resp. federaci, tak na př. ve spolkové ústavě švýcarské, v ústavní listině Severoamerické Unie a pod. Naproti tomu v republice francouzské, jak rovněž připomíná vládní zpráva důvodová, tohoto ustanovení postrádáme [4]), což ovšem má svoje zvláštní důvody, jak níže ještě bude

[4]) V památném Prohlášení práv člověka a občana z 26. srpna 1789, kteréž pak přešlo do první t. zv. revoluční ústavy francouzské, zachovávající ještě formu monarchistickou, z 3. září 1791, výslovně jest stanoveno, poprvé na pevnině evropské, že zásada svrchovanosti spočívá v národě. Zásada tato se opakuje v t. zv. ústavě girondinské (čl. 26., 27.), v ústavě z 24. června 1793 (čl. 25.), v ústavě z 5. fructidoru r. III. (z 22. srpna 1795 čl. 17.). Naproti tomu ústava z 22. frimairu r. VIII. (z 13. prosince 1799) postrádá tohoto ustanovení, jež ovšem jest jaksi nahrazeno tím, že ústava byla předložena národu k přijetí a jím také (3.009.445 hlasů proti 1.562) přijata; arciť vstoupila v platnost dříve než byla národem přijata. V osnově ústavy t. zv. senátorské z 6. dubna 1814 toto ustanovení rovněž schází, ovšem i zde jest v čl. 29. stanoveno, že ústavu jest předložiti národu k přijetí. V ústavní chartě z 4. června 1814 zásada tato přirozeně chybí, poněvadž tato ústava jest vybudována na principu monarchickém. Avšak i v t. zv. Acte Additionnel z 22. dubna 1815 tato zásada obsažena není; předmluva k němu však nařizuje, že tento akt bude předložen národu k přijetí, což se také stalo, a národ jej (většinou 1,532.327 hlasů proti 4.802) schválil. V osnově ústavní listiny vypracované sněmovnou poslaneckou z 29. června 1815 rovněž postrádáme tohoto ustanovení. Avšak v Prohlášení práv Francouzů a základních zásad jejich ústavy z 5. července 1815 čteme opět v čl. 1., že veškera moc vychází z národa, Ani v ústavní chartě z 14. srpna 1830 vydané po t. zv. červencové revoluci nemáme této zásady, ačkoli prohlášení sněmovny poslanecké z 7. srpna 1830, které předcházelo vydání této charty, výslovně zrušuje »podle přání a zájmu francouzského národu předmluvu k ústavní chartě (t. j. z 4. června 1814) jakožto urážející důstojnost národní.«

Teprve revoluce z r. 1848 uplatnila opětně tuto zásadu v plném rozsahu. Nejen že v čl. 1. ústavy z 4. listopadu 1848 vydané »jménem národa francouzského« opět čteme, že svrchovanost záleží v souhrnném celku občanů francouzských, a v čl. 18., že veškery moci veřejné, ať jsou jakékoli, prýští z národa, nýbrž i delegace jednotlivých mocí státních příslušným orgánům vychází doslovně z národa. Ústava z 14. ledna 1852 vydaná presidentem Ludvíkem Napoléonem na základě

uvedeno. Avšak ustanovení, že veškera moc ve státu vychází z národa, není jen v ústavách států republikánských. Vidíme, že i ústavy některých států monarchických obsahují tuto zásadu. Tak ústava belgická v čl. 25. výslovně stanoví, že veškera moc prýští z národa a v důsledku toho v čl. 78. stanoví dále, že král má jen tu moc, kterou mu formálně přikazují ústava a zákony zvláštní vydané na základě ústavy. Podstatně totéž ustanovení mají ústavy rumunská (čl. 31.) a řecká (čl. 21.).

Ustanovení, že veškera moc ve státu prýští z národa, vysvětluje se důvody historickými. Zásada svrchovanosti národa stala se totiž koncem 18. a v prvé polovici 19. století vůdčí myšlénkou liberálních nauk politických a klade se jako protiva zásady svrchovanosti panovníkovy (princip demokratický a contr. principu monarchického). Odtud vidíme, jak se ústavní monarchie rozlišuje ve dvě kategorie: v ústavní monarchii vybudovanou na principu demokratickém (monarchie vzoru francouzskobelgického čili monarchie parlamentní) a v ústavní monarchii vybudovanou na principu monarchickém (monarchie vzoru německého). Tím lze si vysvětliti, proč některé ústavy monarchických států přímo vkládaly v ústavní listinu princip demokratický. To ovšem mělo význam jen theoretický. Tak jsme měly resp. máme monarchie, kde tato zásada nebyla uložena v ústavní listinu, a přece monarchie ty náležejí k monarchiím parlamentním (Anglie, Italie, Srbsko atd.). Naproti tomu byly monarchie, kde všechny změny ústavy se předkládaly národu k přijetí všeobecným hlasováním, ale nebylo tu parlamentarismu, ba ani pravého konstitucionalismu (císařství francouzské za Napoléona III.).

předchozího schválení základních jejích zásad všeobecným hlasováním národa většinou 7½ miliónů hlasů výslovně v čl. 1. »uznává, potvrzuje a zaručuje velkolepé zásady prohlášené v r. 1789, jež jsou základnou veřejného práva Francouzů«. Senatus consultum z 7. listopadu 1852, kterým se obnovuje císařství, uznává svrchovanost národa v tom, že čl. 8. stanoví, že ústava tato bude předložena národu k přijetí. Tak se také stalo, a národ francouzský ji schválil většinou 7,824.189 hlasů proti 253.145. Rovněž tak tomu bylo se senatus consultem z 21. května 1870, kterým se dosavadní ústava měnila v duchu soustavy parlamentní; i ta byla přijata všeobecným hlasováním národa (většinou 7,350.142 hlasů proti 1,538.825). V čl. 1. této ústavy opět čteme, že »ústava uznává, potvrzuje a zaručuje velkolepé zásady prohlášené v r. 1789, jež jsou základnou veřejného práva Francouzů«. Ústavní zákony t. zv. Třetí republiky zásady této, jak již v textu uvedeno, neznají.

Princip demokratický pozbyl dnes aktuálnosti, ježto korporační theorie státu přináší jej pro všechny formy státní jako samozřejmý. V praxi pak jej uplatnila světová válka. Všechny monarchie vybudované na principu monarchickém padly a udělaly místo republikám. Naproti tomu monarchie vybudované na principu demokratickém přežily vřavu válečnou. V moderních republikách pak tento princip se rozumí sám sebou. Vždyť tento princip jest úhelným kamenem stavby moderní republiky; jím také dán jest odlišný vývoj od republik středověkých. Proto po mém soudu bylo zbytečno vkládati v ústavní listinu ustanovení, že »lid« jest jediným zdrojem veškery moci státní a to jednak z toho důvodu, že vstupní věta ústavní listiny vyslovuje, že národ československý dává ústavu, čímž princip demokratický jest vysloven v plné své ryzosti, jednak i proto, že »lid« nebývá vždy nejbezpečnější zárukou ani ústavy, ani bezpečnosti právní a právního pořádku vůbec. Ustanovení § 1. odst. 1. také nemá ceny a to ani theoretické, ani praktické. [5])

3. Forma státu československého jest republikánská. Jakého druhu jest však republika československá? § 2. úst. listiny praví: »Stát československý jest demokratická republika, jejíž hlavou

[5]) Theoretické ceny nemá proto, že v moderní demokracii jest princip demokratický samozřejmý, praktické ceny pak proto, že v ústavní listině ani v jiných zákonech tato zásada se neuplatňuje. Lid resp. národ nikde nerozhoduje bezprostředně. Ústavní listina zavedla sice jakýsi druh referenda, ale toto referendum jest pouze podřízeného významu. Podle § 46. úst. listiny může se totiž vláda, když Nár. shromáždění zamítlo vládní návrh zákona, usnésti, aby hlasováním lidu bylo rozhodnuto, má-li se zamítnutý návrh státi zákonem. Ale konečný odstavec téhož paragrafu výslovně stanoví, že hlasování lidu není přípustné o vládních návrzích zákonů, jimiž má býti měněna nebo doplněna ústavní listina a její součástky. Srovnáme-li tento odstavec se vstupní větou a s § 1. úst. listiny, dospíváme k závěru, že sice národ dává ústavu a jest zdrojem veškery moci ve státu, ale že přímé rozhodnutí jeho prostředkem všeobecného hlasování jest přípustné jen v otázkách podřízených, nikoli však, jedná-li se o ústavu neb její součástky. Nelogičnost a nerozumnost ustanovení § 46. vyplývá tu jasně na jevo. Toho byl si ostatně vědom i sám ústavní výbor, neboť ve své zprávě výslovně připomíná, že § 46. neobstojí před vědeckou kritikou. (Vládní zpráva důvodová zde zachovává výmluvné mlčení.) Ale byl-li si sám ústavní výbor této slabiny vědom, měl se postarati buď o náležitou změnu tohoto ustanovení, aneb, nebylo-li to lze, prostě o jeho odstranění.

je volený president.« A § 1. odst. 2. téže listiny stanoví: »Ústavní listina určuje, kterými orgány svrchovaný lid si dává zákony, uvádí je ve skutek a nalézá právo.« Z těchto dvou ustanovení plyne, že republika naše patří k typu republik presidentských a contr. republik s hlavou státu sborově organisovanou a dále, že jest republikou zastupitelskou a contr. republiky přímé čili bezprostřední.

Ustanovení tato jsou však celkem rázu všeobecného. Z výrazu »demokratická republika«[6]) neplyne celkem nic určitého, co by formu republiky charakterisovalo. Srovnáme-li na př. ústavní listiny států monarchických i bývalých, vidíme, že se k označení státní formy užívá výrazů celkem týchž: »svrchovaný stát monarchický« (Bavorsko), »vláda monarchická a ústavní« (Sasko), »vláda monarchická a representativní (Italie), »monarchie obmezená« (Dánsko), »monarchie obmezená a dědičná« (Norsko), »království dědičné« (Švédsko), »monarchie dědičná a ústavní« (Srbsko) a pod. A přece mezi těmito jednotlivými monarchiemi byl podstatný rozdíl.

Republika naše jest republikou zastupitelskou čili representativní. Tím však otázka není ještě zodpověděna. Jest to republika vybudovaná na zásadě t. zv. dělené moci ve státu, či republika typu parlamentního? Ústavní výbor se touto otázkou v podstatě ani neobíral, ale z některých vět jeho zprávy lze právem za to míti, že předpokládal, že naše republika bude náležeti k typu parlamentnímu. Týž předpoklad nalézáme u vládní zprávy důvodové.

V čem záleží v podstatě rozdíl republiky vybudované na zásadě dělené moci ve státu od republiky parlamentní? V typu re-

[6]) Někdy výrazem »republika demokratická« se chce přímo vyznačiti určitá forma republikánská, totiž republika bezprostřední. Tak ve spolkové ústavě švýcarské z 29. května 1874 čteme v čl. 6., že spolkový stát zaručuje jednotlivým kantonům jejich ústavy, pokud mají formy republikánské »representativní aneb demokratické«. Skutečně také na př. ústavní listina kantonu bernského stanoví, že »kanton bernský jest republika demokratická«. Rovněž ústavní listina kantonu Appenzell Auszer Rhoden, kteráž se cituje jako typ republiky bezprostřední, stanoví, že kanton appenzellský jest »svobodný stát demokratický«. Naproti tomu v ústavní listině kantonu ženevského čteme, že vládní forma jest »demokracie representativní«.

Po mém soudu nebude však lze bráti výraz »demokratická republika« již také ve významu republiky bezprostřední, a literatura, pokud mi známo, v tomto významu jej také nebere.

publiky vybudované na zásadě dělené moci ve státu rozlišení materiálních funkcí státních splývá v jedno s dělením formálním: jest zvláštní představitel moci výkonné, zvláštní představitel moci zákonodárné a rovněž zvláštní představitel moci soudcovské. V praksi provedeno: představitel moci výkonné nemá styčných bodů s představitelem moci zákonodárné a naopak (moc soudcovská stojí tu vůbec samostatně). President jest hlavou moci vládní a výkonné, ministři jsou pouhými jeho zřízenci, pouze jím jmenováni a výhradně jemu odpovědni; nesmějí býti členy parlamentu, nejsou tomuto odpovědni a parlamentu na jejich jmenování nijaký vliv nepřísluší. Parlament jest výhradně sbor zákonodárný a záležitosti správní jsou z jeho pravomoci vyloučeny; vlivu na vládu nemá. Naproti tomu v typu republiky parlamentní uplatněn jest režim parlamentní, kde sice pojmové rozlišování materiálních funkcí státních trvá, ale nikterak se nekryje s dělením formálním. Naopak podstata režimu parlamentního záleží v úzké součinnosti formálního představitele moci zákonodárné s představitelem moci výkonné. V praxi provedeno: parlament jest nejen sborem zákonodárným, nýbrž provádí současně nejúčinnější kontrolu veškery moci vládní a výkonné jsa v podstatě jejím regulatorem. Ministři jsou nejen členy parlamentu, nýbrž jsou bráni ze strany resp. stran, které mají v parlamentu většinu, jsou tomuto odpovědni nejen právně, ale i politicky, a parlament má osud ministerstva potud ve své moci, že odnětím důvěry působí jeho pád.

Na zásadě dělené moci ve státu stála revoluce francouzská[7])

[7]) Výše citované Prohlášení práv člověka a občana klade v čl. 16. dělení mocí dokonce za podmínku ústavnosti (vliv nauky Montesquieuovy) a v ústavě z 3. září 1791 tit. III. jest moc zákonodárná delegována národnímu shromáždění (čl. 3.), moc výkonná králi, který ji vykonává ministry a jinými odpovědnými zřízenci (čl. 4.), moc soudcovská soudcům voleným na čas národem (čl. 5.). Ministři nesmějí býti členy národního shromáždění (tit. III., hl. II., sekc. 4., čl. 2.), jsou však trestně odpovědni tomuto, které je může pohnati před vysoký národní dvůr soudní (tit. III., sekc. 1., čl. 1.). Na zásadě dělené moci ve státu stály jak ústava girondinská, tak i ústava z 24. června 1793. Ústava z 5. fructidoru r. III. přímo vyslovuje, že dělení mocí ve státu jest podmínka existence sociální záruky (čl. 22.) a stanoví rovněž inkompatibilitu mezi členstvím sboru zákonodárného a úřadem ministra. V ústavě z 22. frimairu r. VIII. není již této inkompatibility a také zásada dělené moci zde schází; tak jest tomu i v t. zv. senátorské ústavě

a zásadu tuto v trvalý život uvedla ústava Severoamerické Unie z 17. září 1787. Ústava tato jest vybudována skutečně na přísné zásadě dělené moci ve státu: moc vládní a výkonná jest svěřena presidentu Unie, moc zákonodárná kongresu a moc soudcovská soudům. Severoamerická Unie jest typem republiky vybudované na zásadě dělené moci ve státu.[8])

Ústavní listina naší republiky přidržela se t. zv. konstituční theorie, jak byla od dob Montesquieuových vybudována: theorie dělené moci ve státu. V § 1. odst. 2. čteme: »Ústava určuje, kterými orgány svrchovaný lid si dává zákony, uvádí je ve skutek a nálézá právo«.[9]) Tím tedy jest vytýčeno jak materiální, tak

---

z r. 1814, v ústavní chartě z r. 1814 i v t. zv. Acte additionnel z r. 1815. Na tomtéž stanovisku stojí i osnova ústavní listiny z 29. června 1815; avšak Prohlášení práv Francouzů a základních zásad jejich ústavy z 5. července 1815 praví v čl. 2. výslovně: »Dělení mocí jest zásada naprosto nutná k vybudování svobody a k jejímu zachování.« V ústavní chartě z r. 1830 postrádáme opět zásady dělené moci a výslovně jest stanoveno, že ministři mohou býti členy jedné z obou sněmoven (čl. 46.). Ústava Druhé republiky z r. 1848 stanoví v čl. 19.: »Dělení mocí jest první podmínkou svobodné vlády«; čl. 28. zavádí pak inkompatibilitu placeného úřadu veřejného s členstvím národního shromáždění. Tytéž zásady obsahuje ústava z r. 1852; avšak senatus consultum z 8. září 1869 odstraňuje inkompatibilitu mezi úřadem ministra a členstvím senátu neb sboru zákonodárného (čl. 3.); tak také senatus consultum z 21. května 1870. Viz k tomu i Esmein: Éléments de droit constitutionnel français et comparé, Paris, 1909, str. 175. a násl., 392 a násl., Duguit-Monnier: Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789, Paris, 1908.

[8]) V praxi ovšem toto dělení důsledně provésti nelze. Budovatelé této ústavy stáli na zásadách hlásaných Montesquieuem (viz m. j. Bryce: The American Commonwealth, New York, 1911, I., str. 29.), avšak dobře vystihli omyl Montesquieuův při líčení anglické ústavy (viz čl. Madisonův ve sbírce The Federalist čís. XLVII.); ovšem netajili se tím, že od theorie do praxe jest v tomto směru daleko. Madison výslovně praví: »... the degree of separation which the maxim requires, as essential to a free government, can never in practice be duly maintained«. The Federalist, čís. XLVIII. Sama ústava nemohla pak tuto zásadu dodržeti. Senát na př. není jen sborem zákonodárným, nýbrž zároveň instancí, v jejíž pravomoc spadají četné záležitosti správní.

[9]) Tento odstavec má na mysli trojí funkci státní moci: zákonodárství, správu a soudnictví. Avšak znění to jest potud vadné, že výraz »uvádí zákony ve skutek« nehodí se na správu státní v celém jejím rozsahu. Správa není jen uvádění zákonů ve skutek, nýbrž v ní máme ještě rozsáhlý obor činnosti t. zv. volní, pro kterou jest směrodatna

i formální dělení funkcí stétních. Ústavní listina pak sama odlišuje tyto funkce podle hlav: hlava II. obsahuje moc zákonodárnou, hlava III. moc vládní a výkonnou a hlava IV. moc soudcovskou a to podle obou hledisek. Na první pohled tedy, pokud bychom přihlíželi jen k znění ústavní listiny, zdálo by se, že ústava zamýšlela naši republiku jako republiku vybudovanou na zásadě dělené moci ve státu, tedy typu amerického. Avšak tento zjev nesmí nás nikterak mýliti. Naše ústavní listina v tomto směru jen následovala vzoru ústav jiných států, jež se dosud z vlivu konstituční nauky Montesquieuovy nevymanily. Vezmeme-li na př. ústavu belgickou, vidíme, že zde jednotlivé funkce státní jsou odlišeny podle obou hledisek. A přece Belgie jest vedle Anglie přímo typem monarchií parlamentních. A podobným způsobem jsou pořízeny ústavní listiny jiných států.

Pro zodpovědění otázky, do jakého druhu sluší naši republiku zařaditi, jest směrodatný poměr Nár. shromáždění k hlavě státu a k vládě. Podle § 70. úst. listiny president republiky jmenuje a propouští vládu resp. ministry,[10], aniž by podle tohoto paragrafu byl v tomto směru nějakým způsobem obmezen.[11])

---

iniciativa představitelů této správy, t. j. vládu v pravém smyslu. Správa tedy zahrnuje nejen moc výkonnou, nýbrž také vládní, jak také správně v hlavě IV. ústavní listiny jest vyznačeno.

[10]) Podle zákona z 13. listopadu 1918 čís. 37. sb. z. a nař. o prozatímní ústavě byla vláda volena Nár. shromážděním a jemu také skládala slib. Vláda byla odpovědna Nár. shromáždění a toto mohlo ji také vyslovením nedůvěry kdykoli odvolati. Zákon z 23. května 1919 čís. 271. sb. z. a nař., kterým se měnil zákon o prozatímní ústavě, změnil na tom jen tolik, že právo jmenovati a propouštěti ministry bylo přiřčeno presidentu republiky.

[11]) V ústavách jiných států také se nesetkáváme se zjevem, že by hlava státu v právu jmenovati a propouštěti ministry byla nějakým způsobem obmezena. V Anglii na př. nikdo nepochybuje o tom, že de jure král má ve výkonu práva jmenovati a propouštěti ministry naprosto volnou ruku. Vždyť úředně ministerský kabinet dodnes je v podstatě jen výborem tajné rady královské a ministři jsou zváni »his Majesty's servants«; ba výraz »kabinet« byl až do nejnovější doby pojmem úředně neznámým (ještě v r. 1851 prohlásila sněmovna obecných, že ústava nezná výrazu »kabinet« a poprvé byl tento výraz připuštěn v r. 1900). Srov. m. j. Sidney Low: The governance of England, London, 1914, str. 15 a násl. V Belgii jest toto právo královo rovněž naprosto neobmezeno; podle čl. 65. ústavy »král jmenuje a odvolává své ministry«, aniž by tu dále v celé ústavě bylo sebe menší obmezení.

Avšak toto právo presidenta republiky není tak naskrze neobmezeno. Ústavní listina naší republiky, odchylně od ústav jiných států, stanoví případ, kdy president republiky jest přímo podle znění ústavy vázán ministry resp. vládu propustiti. Podle § 78. odst. 1. jest v případě projevu nedůvěry vláda povinna »podati demisi do rukou presidenta republiky, který určuje, kdo vede vládní věci, pokud nová vláda nebude ustavena«. Tím implicite jest obsaženo, že president republiky nemůže vládu, jíž byla projevena nedůvěra, prostě podržeti a přes projev nedůvěry přejíti, jakoby ho tu nebylo, nýbrž tímto projevem jest vázán. Musí dojíti k ustavení nové vlády, kterou ovšem jmenuje opět president republiky sám, ovšem na podkladě nově se vytvořivších parlamentních poměrů. Zde tedy o osudu vlády nerozhoduje president republiky, nýbrž poslanecká sněmovna Nár. shromáldění. Ústavní listina naší republiky pojala v tomto směru do ústavy ustanovení, s kterým v ústavě nijakého státu s režimem parlamentním se nesetkáváme, jež však v takovýchto státech se pokládá prostě za samozřejmé; ona důsledky politické odpovědnosti vládní vložila přímo do ústavního zákona. A tím přicházíme k dalšímu bodu: k politické odpovědnosti vlády.

Ústavní listina zná dvojí druh odpovědnosti ministerské: odpovědnost vlády a odpovědnost předsedy neb členů vlády, tedy odpovědnost sboru a odpovědnost jedinců resp. odpovědnost kolektivní a odpovědnost individuální. Ona jest stanovena v §§ 75—78, tato v § 79. Odpovědnost kolektivní jest vyslovena pouze všeobecně; naproti tomu odpovědnost individuální jest stanovena zcela přesně: porušení ústavních nebo jiných zákonů, jež se stalo v oboru úřední působnosti úmyslně nebo z hrubé nedbalosti. § 75. úst. listiny praví: »Vláda je odpovědna poslanecké sněmovně,

Ve Francii právo presidenta republiky jmenovati a propouštěti ministry se vyvozuje z čl. 3. ústavního zákona z 25. února 1875: »Il (= le Président de la République) nomme à tous les emplois civils et militaires«, rovněž bez jakéhokoli obmezení. Právě tak je tomu v Nizozemsku čl. 77. ústavy: »Král ustavuje ministerské departementy, jmenuje jich chefy a propouští je, jak se mu za dobré uzdá«, v Italii (čl. 65. úst.), v Rumunsku (čl. 93. úst.), v Řecku (čl. 31. úst.), v Dánsku (čl. 13. úst.) atd. Ve skutečnosti však ve všech těchto státech právo hlavy státu jmenovati a propouštěti ministry jest ústavními zvyklostmi, nikoli však nějakým zákonem, podstatně obmezeno, jak parlamentní režim s sebou přináší.

která ji může vysloviti nedůvěru«. Zde není vyznačeno, o jaký speciální druh odpovědnosti jde; pouze ze znění § 79 a contr. a dále z odlišného rázu sankce plyne, že tu nejde o odpovědnost právní. Ve zprávě ústavního výboru se připomíná, že tu jde o politickou odpovědnost vlády. Důvodová zpráva vládní mluví tu o »solidární« odpovědnosti vlády, ač z celého textu není pochybnosti o tom, že i zde se míní odpovědnost politická. V § 75. není míněna jiná odpovědnost ministerská než politická. O tu zde také jde. Odpovědnost právní nepadá zde na váhu, takže možno v této stati o ní vůbec pomlčeti.[12])

---

[12]) Tato odpovědnost právní, neb jak ve zprávě ústavního výboru a v důvodové zprávě vládní se praví, trestní, (obou těchto výrazů se užívá promiscue), vyvinula se po stránce hmotné z původní neodpovědnosti krále (»král se nemůže dopustiti nijakého bezpráví«) a po stránce formální z t. zv. odpovědnosti formální čili kancelářské. Prvotně zajisté královský úředník (ministr) ručil svým podpisem po případě přitisknutím pečeti za to, že obsah listiny obsahuje pravý projev vůle královské, resp. skutečné usnesení královské rady. Později, když stavové zjednali sobě vliv i na úřady královské, ručí příslušný úředník (ministr) svým podpisem již nejen za formální shodu obsahu listiny s dotčeným projevem královské vůle nýbrž i za to, že projev tento neobsahuje ničeho, co by se příčilo zákonům státním. Vývojem doby formální stránka odpovědnosti ustoupila naprosto do pozadí a zůstala zde odpovědnost hmotná: úředník (ministr) přejímá svým podpisem odpovědnost za celý obsah listiny. Obsahuje-li dotčená listina něco protizákonného, spadá odpovědnost nikoli na krále, který sám ničeho zlého se nemůže dopustiti, nýbrž výhradně jen na příslušného úředníka (ministra); ba tento se nemůže ani odvolávati na výslovný rozkaz královský a jím se nějak ospravedlňovati. K této skutečnosti se přidružuje další zjev, že totiž se vyžaduje, aby každý akt královský byl spolupodepsán příslušným ministrem. Spolupodpis ministerský stává se takto podmínkou platnosti královského aktu. Takto se vytvořila právní odpovědnost ministerská, jejíž sankce jest v Anglii impeachment, po případě pověstný bill of attainder, na pevnině pak obžaloba ministerská. Vývojem politické odpovědnosti ustupuje však odpovědnost právní naprosto do pozadí a obžaloba ministerská stává se zbraní nepotřebnou.

Odpovědnost politická vyvinula se později než odpovědnost právní a po dlouhou dobu šly oba tyto druhy ministerské odpovědnosti vedle sebe, aniž by se přesně od sebe odlišovaly. Kolébka politické odpovědnosti leží v Anglii, jež jest vůbec kolébkou režimu parlamentního. Základy této politické odpovědnosti sluší shledávati ve skutečnosti, že parlament zjednává sobě vliv na jmenování členů královské rady a že zjednává si půdy zásada, že tito členové musí míti důvěru parlamentu. Se zjevem tímto setkáváme se v Anglii sice již na sklonku středověku,

Zajímavo jest, že ústavní listina nevytýká výslovně odpovědnost politickou; v tomto směru jen následuje vzoru ústavních listin jiných států,[13]) ovšem odchyluje se tu potud, že sankci politické odpovědnosti klade přímo do ústavy (viz výše).

Politická odpovědnost uplatňuje se výlučně v poslanecké sněmovně Nár. shromáždění, nikoli také v senátu. Zpráva ústavního výboru praví, že senátu nebylo přiznáno právo uplatňovati politickou odpovědnost proto, aby při různém složení obou sněmoven vláda se mohla říditi podle většiny jediné z nich. Naproti

---

ale první zárodky politické odpovědnosti datují se teprve z pozdější doby vlády Viléma III. Od této doby ustálila se totiž zvyklost, že král bere svoje rádce jen ze členů parlamentu a jen z jedné politické strany a to té, která má ve sněmovně obecných většinu. Takto se ujala ústavní zvyklost, že odpověden jest parlamentu nejen každý ministr z jakéhokoli porušení svých povinností (odpovědnost právní), nýbrž že vedle toho jest celé ministerstvo odpovědno z vedení záležitostí státních (odpovědnost politická). Sankce právní odpovědnosti jest impeachment, sankce politické odpovědnosti jest nedůvěra parlamentu resp. sněmovny obecných a z toho vyplývající závazek ministerského kabinetu složiti úřad. Tímto způsobem se vyvinul režim parlamentní již v prvé polovici 18. stol. v plné své ryzosti. Z Anglie přešel při restauraci Bourbonů do Francie a prostřednictvím Francie pak do jiných států evropských, ve kterých se ustálil režim parlamentní. Srov. k tomu zejména můj Parlament, Praha, 1913, str. 16. a násl., 34. a násl., kde také příslušná literatura jest uvedena.

[13]) Pouze v ústavách dvou států, pokud mi známo, máme výslovná ustanovení o politické odpovědnosti. Jest to předem Francie. Čl. 6. úst. zák. z 25. února 1875 stanoví: »Ministři jsou sněmovnám solidárně odpovědni z povšechné politiky vládní...« Toto ustanovení převzala doslovně ústava turecká, s tím toliko rozdílem, že o politické odpovědnosti rozhoduje tu pouze sněmovna poslanecká; čl. 30 ústavy modifikované r. 1909 zní: »Ministři jsou sněmovně poslanecké solidárně odpovědni z povšechné politiky vládní...« Podobné ustanovení máme v Dánsku (§ 12. ústavy): »Ministři jsou odpovědni z vedení vlády«, a z části i v ústavě bývalého království srbského (čl. 135): »Ministři jsou králi a národní skupštině odpovědni ze všech aktů provedených ve výkonu svých funkcí.«

V ústavách jiných států se však s takovýmito ustanoveními nesetkáváme. Naopak předpisy ústavní těchto států dopadají takřka výlučně na odpovědnost právní. Tak jest tomu zejména v Belgii, jejíž ústavní listina jest pro nás potud důležitá, že na ni měly silný vliv vzory anglické, zejména pokud se týče režimu parlamentního. Tak tomu bylo i v ústavní listině francouzské z r. 1830. Po vzoru belgickém vidíme v podstatě táž ustanovení v Řecku, Rumunsku, Lucemburku, atd.

tomu vládní zpráva důvodová praví, že se tu bylo přidrženo té části zvláště francouzské theorie, která z důvodů jednotnosti přiznává jen poslanecké sněmovně právo svým votem nedůvěry způsobiti pád celé vlády. Vládní zpráva pak dále celkem podrobně líčí, jak jest upravena a jak se uplatňuje politická odpovědnost v Anglii a ve Francii správně připomínáajíc, že v Severoamerické Unii o politické odpovědnosti ministerské vůbec mluviti nelze; v dodatku pak jen zcela stručně se připomíná, jak jest upravena ministerská odpovědnost v některých románských republikách amerických. Postrádám v této vládní zprávě vylíčení politické odpovědnosti v Belgii, což by bylo velmi zajímavo, ježto Belgie byla vedle Francie první pevninskou monarchií s parlamentním režimem; v této zemi má také režim parlamentní již svoje tradice.

Ustanovení ústavní listiny naší republiky, že rozhodování o politické odpovědnosti leží výlučně v rukách poslanecké sněmovny, potřebuje po mém soudu poněkud obšírného rozboru a to tím spíše, poněvač to není jediný případ, ve kterém se samotnou ústavní listinou zajišťuje poslanecké sněmovně převaha nad senátem. Vidíme to zejména v § 41 odst. 3., § 43, 44, 48 odst. 2. Argumentace pro převahu poslanecké sněmovny nad senátem obsažená jak ve zprávě ústavního výboru, tak i ve vládní zprávě trpí po mém soudu jedním nedostatkem; drží se příliš jednostranně historismu přehlížejíc začasté moderní myšlénkový vývoj. Oběma těmto zprávám jest směrodatný totiž parlamentarism anglický. Jest zajisté nesporno, že parlamentní režim anglický byl studnicí, odkud bylo hojně čerpáno ve všech pevninských monarchiích vybudovaných na principu demokratickém. Ale rovněž tak jest nesporno, že tento anglický režim parlametní byl vyvolán a podmíněn zvláštními domácími poměry politickými a hospodářskými a měl tedy podklad specificky anglický, a že odlišné poměry politické na pevnině evropské přivodily tu určité modifikace tohoto režimu, takže vším právem můžeme tu mluviti také o parlamentním režimu pevninském. Jestliže anglický parlamentarism ustálil naprostou převahu sněmovny obecných nad sněmovnou lordů, byl to pouze důsledek pojetí, že vládu ve státu vykonává v podstatě národ sám. Proto ta sněmovna, do které členy volil sám národ, totiž sněmovna obecných, musila nutně nabýti převahy nad tou sněmovnou, ve které členství uděloval sám král a v níž soustava representativní byla uplatněna

v míře praskrovné, totiž nad sněmovnou lordů. Odtud vidíme, že kde se jedná o právo samého národa, rozumí se tím vždy jen sněmovna obecných. Ježto národ to byl, který povoloval králi berně a jiné dávky, osnovy zákonů rázu finančního musily býti předkládány sněmovně obecných, která také výlučně o nich rozhodovala; sněmovna lordů k usnesení sněmovny obecných jen přistupovala. Ježto ministři byli právně odpovědni zastupitelstvu národa, byla to sněmovna obecných, která o impeachmentu rozhodovala; sněmovna lordů jen soudila. A rovněž z týchž důvodů, když se v Anglii ustálil režim parlamentní, byla to zase jen sněmovna obecných, která politickou odpovědnost uplatňovala a o osudu ministerského kabinetu rozhodovala, což v dnešní době jest vystupňováno tím způsobem, že o osudu ministerského kabinetu rozhodují přímo volby všeobecné do sněmovny obecných. A proto také t. zv. Parliament Bill, (běžně zvaný také Veto Bill), přijatý po dlouhém a úporném ústavním zápasu[14]) oběma sněmovnami a králem sankcionovaný (dne 18. srpna r. 1911), který nyní přímo zákonem zaručuje sněmovně obecných naprostou nadvládu nad sněmovnou lordů, jest pouze konečným a přímo nevyhnutelným důsledkem tohoto historického vývoje a ústavních a politických poměrů v Anglii.

Tyto ústavní zvyklosti anglické měly značný vliv na úpravu ústavních poměrů v ostatních státech. Vidíme, že všude jest stanoveno, že osnovy zákonů rázu finančního jest předkládati nejprve sněmovně dolní i že právní odpovědnost ministerskou uplatňuje prostředkem obžaloby ministerské pravidlem jen sněmovna dolní.[15]) Z téhož důvodu rovněž jen sněmovně dolní bylo při-

---

[14]) O tomto boji ústavním srov. zejména Lowell: The government of England, New York, 1912, díl I., str. 423. a násl., Low n. u. m. str. VII. a násl., Holland Rose: The rise of democracy, London, 1912, str. 256. a násl., Horwill: The problem of the House of Lords. Political science quarterly, roč. XXIII., str. 90. a násl., Esmein: Éléments de droit constitutionnel français et comparé, Paris, 1909, str. 168. a násl., 1109. a násl., Viallate-Claudel: La vie politique dans les deux mondes, 4. ème année, Paris, 1911, str. 67. a násl., týž: 5. ème année, Paris, 1912, str. 85. a násl.

Doložiti sluší, že názory anglické o vyvýšenosti sněmovny obecných, pokud se týče billů finančních, nad sněmovnou lordů, byly uplatněny v ústavách Unie Jihoafrické (čl. 60.) a Unie Australské (čl. 53.).

[15]) Z tohoto pravidla máme však některé výjimky. Ve Švédsku vznáší obžalobu ministerskou zvláštní ústavní výbor celého parlamentu

znáváno právo uplatňovati odpovědnost politickou.[16]) Pokud přednosti ohledně zákonů finančních a uplatňování právní odpovědnosti ministerské se týče, nebylo pojetí výše uvedené moderním vývojem ústavním dotčeno. Avšak ohledně odpovědnosti politické pozorujeme v nauce státovědecké změny názorů. Nesluší totiž přehlížeti, že náhledy výše uvedené měly více méně naprosté oprávnění v dobách dřívějších, kdy vlastními representanty národa byly opravdu jen sněmovny poslanecké, kdežto sněmovny horní měly ráz jakýchsi sněmoven panských. Avšak vývojem doby se poměry zastupitelské v pevninských státech naprosto změnily. Jsou dnes státy, kde myšlenka zastupitelská se uplatňuje ve sněmovně horní touž měrou jako ve sněmovně dolní, kde tedy obě sněmovny jsou v podstatě stejnými representanty národa. Tu pak zajisté nebude důvodu ani právního, ani politického, proč by jedna sněmovna měla míti nějakou převahu nad sněmovnou druhou, a to tím méně, poněvadž obě sněmovny již od prvopočátku tvoří státoprávně ve svém celku jeden zastupitelský sbor národa, parlament. Z toho důvodu nemůže napříště politická převaha býti vyhrazena sněmovně dolní, nýbrž i v tomto směru bude se uplatňovati jakost a zdatnost obou sněmoven. Změny ty pozorujeme jak v praxi, tak i v theorii. Tvůrcové ústavy Severoamerické Unie na př. vycházeli vlivem anglického pojetí z předpokladu, že sněmovna representantů kongresu bude míti důsledkem toho, že jest sborem voleným přímo od národa, převahu nad senátem, který až do r. 1912 byl obesílán legislaturami jednotlivých států. Ale skutečný vývoj věcí nedal v tomto směru tvůrcům ústavy za pravdu. Dnes má senát naprostou převahu nad sněmovnou representantů: kdežto senát jest sborem požívajícím naprosté úcty a vážnosti, jest sněmovna representantů pravý opak toho. A rovněž tak jest tomu i v theorii. V Anglii ovšem theorie vlivem politických a ústavních poměrů, zejména i důsledkem Parliament Actu z r. 1911 jest jednotného názoru, že

---

(riksdagu) podle čl. 106. ústavy. V Nizozemsku vznáší obžalobu dolní sněmovna, ale i králi přísluší toto právo (čl. 164. úst.); rovněž tak jest tomu v Dánsku (čl. 69. úst.) a v bývalém království srbském čl. 136. úst..). V Rumunsku však přísluší právo obžaloby oběma sněmovnám i králi čl. 101. úst.

[16]) Právně zaručuje toto právo výlučně sněmovně poslanecké jen ústava turecká v čl. 30., jak výše v poznámce 13. uvedeno.

uplatňování politické odpovědnosti přísluší výlučně sněmovně obecných; to ostatně jest i základ anglického režimu parlamentního. Naproti tomu ve Francii není theorie jednotna. Zde samotné znění ústavy znamená silný odklon od parlamentarismu anglického. Čl. 6. ústavního zákona z 25. února 1875 stanoví totiž, že ministři jsou solidárně odpovědni sněmovnám z povšechné politiky vládní. Právo uplatňovati politickou odpovědnost jest tedy samou ústavou přiznáno oběma sněmovnám. Přes to hlava t. zv klasické školy francouzské Esmein n. u. m. str. 738 a násl. hájí zásadu, že právo rozhodovati o osudu ministerstva přísluší výlučně sněmovně poslanecké a že přiznati toto právo také senátu znamená přivésti do jemného ústrojí parlamentního nekonečné zmatky a uvésti celý režim parlamentní ad absurdum. Naproti tomu Duguit (Traité de droit constitutionnel, Paris, 1911, Tome II., str. 500 a násl.), tvrdí, že oběma sněmovnám přísluší stejné právo rozhodovati o osudu ministerstva, pravě m. j., že vláda jest povinna hájiti svoji politiku před oběma sněmovnami, a neschválí-li ji jedna z obou, jest povinna podati demisi. Stejného náhledu jest i Moreau (Précis élémentaire de droit constitutionnel, Paris, 1911, str. 368 a násl.) a Pierre (Traité de droit politique, électoral et parlamentaire, Paris, 1893, str. 671 a násl.)[17]) V Italii, kde senát není sborem voleným, kloní se theroie k náhledu, že o osudu ministerstev rozhodovati přísluší pouze sněmovně poslanecké. Tak Miceli (Principii di diritto costituzionale, Milano, 1913, str. 864., 865.), Orlando (Studii giuridici sul governo parlamentare, Archivio Giuridico, volume XXXVI, 1886, str. 574 a násl.), Contuzzi (Diritto costituzionale, Milano, 1907, str. 230., 253.), Tambaro (Il diritto costituzionale italiano, Milano, 1909, str. 217., 218., 243. a násl.).[18]) Naproti tomu v Belgii, kde senát jest sborem jen voleným a ústava připouští rozpuštění jak sněmovny poslanecké, tak i senátu, theorie, zdá se, kloní se k názoru, že politickou odpovědnost mohou uplatňovati obě sněmovny (Srov. Errera: Traité de droit public belge, Paris, 1909, str. 208 a násl.)

---

[17]) Praxe v době nejnovější, jak správně také připomíná vládní zpráva důvodová, nekloní se k náhledu Esmeinovu. Máme aspoň příklady, že vláda podala demisi na základě toho, že senát neschválil otázku důvěry položenou od vlády.

[18]) Avšak praxe ani zde není jednotná. Jsou četné příklady, že sestavením ministerského kabinetu byli pověřeni i členové senátu.

Theorie pevninská jest tedy v této otázce dělena. Pokládám, jak jsem ostatně již výše naznačil, za správný ten náhled, že ve státech, kde obě sněmovny jsou přímo voleny národem, pokud ovšem ústava sama otázku tu nerozhoduje, politickou odpovědnost uplatňují obě sněmovny stejnou měrou. Náhled, že právo to přísluší výhradně sněmovně dolní, lze dnes vším právem prohlásiti za konservativní a dokonce za jakýsi politický předsudek.[19]) Na tomto politickém předsudku jest založeno i ustanovení § 75., 78. ústavní listiny naší republiky, což tím více vystupuje na jevo, ježto způsob volby do obou sněmoven Nár. shromáždění jest až na odlišnou hranici věkovou práva volebního a snad jiné složení volebních krajů, což však jest věc jen formální a tak nepatrného významu, že vůbec nepadá na váhu, ve své podstatě týž.[20]) Podle naší ústavy jsou jak poslanecká sněmovna, tak i senát stejně zástupci národa a pokládám za pochybené ustanovení, že poslanecké sněmovně se v mnohých směrech zajišťuje převaha nad senátem, což zejména vystupuje na jevo při uplatňování politické odpovědnosti.[21]) Náhled, že by poslanecká sně-

[19]) Rovněž jen z politických předsudků si vysvětluji u nás odpor jistých vrstev resp. stran proti existenci senátu. Zdá se opravdu, že se tyto vrstvy nedovedly vymaniti z předsudku, že v demokratickém státě sněmovna horní nemůže znamenati nějakou panskou sněmovnu rakouské monarchie, nýbrž zastupitelský sbor právě tak volený jako jest poslanecká sněmovna.

[20]) Z toho důvodu nedovedu si vysvětliti, jak zpráva ústavního výboru může při § 75. mluviti o »různém složení obou sněmoven«. To právě žádali zastanci pravé soustavy dvoukomorové, aby složení obou sněmoven bylo odlišné, ale ústavní výbor a s ním revoluční Nár. shromáždění na to nepřistoupili. Podle ústavní listiny naší republiky jest složení jak poslanecké sněmovny, tak i senátu v podstatě totéž.

[21]) Nelze tu také přehlédnouti, že pokud uplatňování politické odpovědnosti se týče, jest v naší ústavní listině nedůslednost. Vláda jest odpovědna pouze poslanecké sněmovně. Jakými prostředky se uplatňuje však politická odpovědnost, nechceme-li sáhnouti přímo k nejzazšímu prostředku § 78? Jedním z prostředků takovýchto jest zajisté právo členů sněmovny činiti dotazy a podávati interpelace na vládu a její členy. Podle § 52 úst. listiny jest však »každá sněmovna oprávněna interpelovati předsedu a členy vlády ve věcech jejich působnosti, zkoumati správní úkony vlády, voliti výbory, jimž ministerstva poskytujtež informace, usnášeti se na adresách a resolucích«. Druhý odstavec téhož paragrafu stanoví pak povinnost vlády odpovídati na interpelace členů sněmoven, což v zákonech o jednacím řádu poslanecké sně-

movna byla sborem po výtce politickým a senát sborem po výtce zákonodárným, pokládám za fikci ničím neodůvodněnou a za politický předsudek.

---

movny a senátu jest správně vyloženo v ten způsob, že tím se rozumí ústní neb písemná odpověď na interpelaci aneb odepření odpovědi s udáním důvodů (§ 68 resp. 67). Právo činiti dotazy a podávati interpelace přiznává se stejně členům jak poslanecké sněmovny, tak i senátu.

V důsledku § 52. úst. listiny budou tedy členové senátu podávati dotazy a interpelace na vládu, která má povinnost o interpelacích se prohlásiti. Poněvadž pak právo podávati interpelace není obsahově vymezeno, mají členové senátu právo podávati interpelace i o věcech eminentně politických a vláda má ústavní povinnost na ně odpovídati. Ale podávati interpelace znamená uplatňovati odpovědnost vlády, a obsahují-li interpelace věci čistě politické, jde tu o politickou odpovědnost. Podle § 75. úst. listiny jest však vláda odpovědna pouze poslanecké sněmovně, nikoli také senátu. Bude-li vláda odpovídati také na politické interpelace členů senátu — a podle ústavy má povinnost toho — bude i senát uplatňovati politickou odpovědnost. A tak proti znění a duchu § 75. vytvoří se praxe, že vláda jest odpovědna také senátu, ovšem senátu bude se nedostávati sankce § 78. Ale to na podstatě věci nikterak nemusí vaditi. Bude tu záležeti na kapacitě obou sněmoven. Dosavadní zkušenost pak ukázala, že senát osvědčil často mnohem větší politickou prozíravost, než sněmovna poslanecká.

Ale může se dostaviti také pravý opak. Co se stane, když na př. vláda odepře odpověd na interpelaci podanou členy senátu z důvodu, že interpelace se týká věci eminentně politické po případě i jiné důležité záležitosti, odvolavši se na § 75., že totiž jest odpovědna pouze poslanecké sněmovně, nikoli však také senátu? Zpráva ústavního výboru o § 52 prostě se nezmiňuje. Naproti tomu vládní zpráva důvodová praví, že nedodržení povinnosti předsedy a členů vlády odpovídati na interpelace sněmoven »mělo by v zápětí politickou odpovědnost vlády podle § 75. a násl. ústavní listiny«. Tento náhled může býti správný, jen pokud se týče poslanecké sněmovny, nikoli však také pokud se týče senátu. Senát nemůže přece uplatňovati politickou odpovědnost, leč že by se poslanecká sněmovna za každých okolností postavila za práva senátu. Ale vzájemný poměr poslanecké sněmovny a senátu nemusí býti vždy nejlepší, a není vyloučeno, že by poslanecká sněmovna přímo neb nepřímo dávala na jevo vládě, že si nepřeje, aby tato odpovídala na interpelace podávané členy senátu, pokud se budou dotýkati věcí eminentně politických, chtějíc si s poukazem na § 75. úst. listiny vyhraditi uplatňování politické odpovědnosti výlučně pro sebe.

Rozhodně jest tu nesrovnalost a dokonce i mezera zákona, kterou po případě může senát odnésti tím způsobem, že vláda na jeho interpelace rázu politického vůbec odpovídati nebude a senát takto politický vliv prostě ztratí.

Shrneme-li tedy úvahy spadající v tento obor, dospíváme k tomuto výslelku. Podle ústavní listiny naší republiky ministři mohou býti členy Nár. shromáždění,[22]) jsou jmenováni a propouštěni presidentem republiky, aniž by toto právo presidentovo bylo bezvýhradným, jsou individuálně (právně) a solidárně (politicky) odpovědni Nár. shromáždění resp. poslanecké sněmovně, a toto může politickou odpovědnost uplatňovati projevem nedůvěry, který má v zápětí pád vlády. Na základě těchto právních a ústavních skutečností nelze pochybovati o tom, že i podle ústavní listiny — v praxi se to pokládalo za samozřejmé — naše republika jest republikou rázu parlamentního po způsobu republiky francouzské a contr. Severoamerické Unie, t. j. republiky vybudované na zásadě dělené moci ve státu. V tomto názoru nesmí nás mýliti skutečnost, že i v revolučním Národním shromáždění i v období porevolučním, již zákonném, jsme měli ministry, kteří nebyli členy Nár. shromáždění.[23]) Ovšem dnešní stav, že máme ministerstvo neparlamentní, jest pokládati za silnou úhonu parlamentarismu.

4. Hlavou republiky jest volený president. President republiky je volen Národním shromážděním, nikoli národem. Naše ústavní listina přijala tedy vzor francouzský (čl. 2. úst. zákona z 25. února 1875). Proč přijat byl vzor francouzský a nikoli americký (volba národem), zpráva ústavního výboru ničeho nám nepraví. Vládní zpráva důvodová, která m. j. podává přehled volby presidentů v jednotlivých státech republikánských, odůvodňuje

---

[22]) Výslovného ustanovení v ústavní listině naší republiky o tom, jak jest tomu v ústavách jiných států, nemáme. Ani zpráva ústavního výboru, ani důvodová zpráva vládní se o tom nezmiňují. Avšak jak podle dosavadního vývoje, tak i podle znění § 20. odst. 4. úst. listiny sluší pokládati za samozřejmé, že podle naší ústavy ministři mohou býti členy Nár. shromáždění.

[23]) V Belgii, která vedle Francie jest typem státu s režimem parlamentním a contr. Anglie, (kde se od režimu parlamentního přešlo v podstatě již k režimu kabinetnímu), jest uznáno za pravidlo, že až na ministra vojenství, všichni ministři jsou členy parlamentu. Ovšem toto pravidlo není bez výjimky. Jsou také ministři, kteří nejsou členy parlamentu, což není nikterak na újmu jejich styku se sněmovnami, ježto ministři, kteří nejsou členy parlamentu, mají právo seděti ve sněmovnách s hlasem poradným. Viz Errera n. u. m. str. 209.

způsob volby Nár. shromážděním [24]) tím, že bylo jednak navázáno na dosavadní právní stav, jednak i z důvodů účelnosti, aby volba presidentova bla pokud možno zjednodušena, aby jeho volení nebylo po případě zdrojem neklidu v národě. Oba dva způsoby volby lze zajisté odůvodniti. Přece však mimoděk vtírá se náhled, že, když president republiky jest volenou hlavou státu, správnější by bylo, aby hlava státu byla volena národem a nikoli sbory zastupitelskými a to tím spíše, ježto u nás důsledkem neblaze proslulých vázaných listin nelze při volbě jak do poslanecké sněmovny, tak i do senátu, mluviti o nějaké vůli národa.[25])

President republiky jest volen na dobu sedmi let (vzor fran-

[24]) Vládní zpráva důvodová mluví zde o volbě »nepřímé«. Název ten nepokládám za správný, ježto v názvosloví právnickém resp. politickém zvykli jsme si nazývati volbami nepřímými takový způsob voleb, kde voliči nevolí přímo kandidáta, nýbrž t. zv. volitele, kteří pak volí kandidáta. Proto způsob volby presidenta Severoamerické Unie nazýváme vším právem volbou nepřímou. V naší republice nelze mluviti o »nepřímé« volbě presidenta republiky, protože Nár. shromždění volí přímo kandidáta a pokládati členy Nár. shromáždění za volitele presidenta republiky nebylo by správno již ani z toho důvodu, že období presidentské jest delší než zákonodárné období poslanecké sněmovny, takže budou členové Nár. shromáždění, kteří se vůbec nedostanou k tomu, aby volili presidenta republiky.

[25]) Nesluší přehlížeti, že Národní shromáždění francouzské při rozhodování otázky, jakým způsobem voliti presidenta republiky, nebylo vedeno nějakými úvahami theoretickými, nýbrž spíše důvody rázu politického. Vedla je k tomu smutná zkušenost, jakou měl národ francouzský s presidentem Druhé republiky Ludvíkem Napoleonem. Podle čl. 46. ústavy z listopadu 1848 byl president republiky volen přímou volbou národa. Když pak došlo k ústavnímu rozporu mezi Ludvíkem Napoleonem a národním shromážděním, odvolával se tento na volbu národa a v důsledku toho provedl také svůj známý převrat z 2. prosince 1851. Toho se obávalo národní shromáždění Třetí republiky (způsob volby národem byl v tomto národním shromážděním prostě odbyt pohrdlivou poznámkou. »Ce mode déjà éprouvé (l'élection par le peuple) n'a pas laissé un souvenir qui le recommande«) a to byl hlavní důvod, proč byla přijata volba presidenta národním shromážděním. Srov. Esmein n. u. m. str. 582. a násl.

Doložiti sluší, že tento způsob volby byl už velmi často podroben ostré kritice a že se ozývají hlasy, aby president republiky byl opět volen národem, aby jeho postavení bylo zejména vůči parlamentu posíleno. Srov. zejména Leyret: Le président de la République, Paris, 1913, passim.

francouzský), a může býti volen jen dvakráte za sebou.[26]) Kdo byl presidentem po dvě po sobě jdoucí volební období, nemůže býti opět volen, dokud od skončení posledního období neuplyne sedm let. Z výkonu svého úřadu není odpověden. Trestně může býti stíhán jen pro velezrádu a to před senátem na obžalobu sněmovny poslanecké.[27])

5. Bylo řečeno již výše, že president republiky jest podle § 2. ústavní listiny hlavou státu. Ale ústavní listina z této věty neprovedla náležité důsledky. V presidentských republikách jest hlava státu, president, představitelem a hlavou moci vládní a výkonné. Tak výslovně prohlašuje ústava Severoamerické Unie (hl. II., sekc. 1., § 1. úst. listiny); rovněž tak jest tomu v Mexiku (čl. 75. úst.), v Argentině (čl. 74. úst.), v Brasilii (čl. 41. úst.). Ve francouzské ústavě, jak správně připomíná důvodová zpráva vládní, postrádáme sice toho ustanovení. Avšak z historie a ducha ústavy plyne se vší určitosti na jevo, že i zde president republiky jest hlavou moci vládní a výkonné; v theorii není také o tom nejmenší pochybnosti (Esmein, Pierre. Duguit, Moreau, Jèze atd.). Pouze ústava naší republiky, ač také prohlásila pre-

[26]) Toto ustanovení jest převzato z ústavní zvyklosti Severoamerické Unie. V ústavě tohoto státu nepraví se totiž ničeho o tom, zda odstupující president může býti opět volen. V důsledku toho nepochybuje se v theorii o tom, že president může býti znovu volen bez jakéhokoliv obmezení. Avšak praxí se ustálila ústavní zvyklost, že odstupující president může býti zvolen jetě jen jednou; po třetí jest již volba vyloučena. Viz B r y c e n. u. m. I. str. 45,. 46. Ve Francii naproti tomu ústava výslovně stanoví, že odstupující president může býti znovu volen, aniž by po této stránce bylo nějakého ústavního obmezení (čl. 2. úst. zákona z 25. února 1875). Avšak zde, zdá se, se vyvinula ústavní zvyklost, že odstupující president vůbec již nekandiduje. Srov. D u g u i t n. u. m. II. str. 419.

[27]) Pro toto ustanovení byl směrodatný vzor francouzský. Podle čl. 6. úst. zákona z 25. února 1875 jest president republiky odpověden jen trestně z velezrady; politicky jest neodpovědný. Obžalobu vznáší naň poslanecká sněmovna a soudí senát (čl. 12. úst. zákona z 16. července 1875). Podle ústavy Severoamerické Unie jest president republiky politicky neodpovědný. B r y c e n. u. m. I. str. 93. praví sice, že president jest odpověden národu, že však není prostředků, jimiž bylo by lze tuto odpovědnost uplatniti; to však nelze pojímati jako odpovědnost v technickém smyslu. Trestně může býti stíhán pro velezradu, úplatnost neb jiné těžké zločiny a přečiny ( hl. II., sekce 1.). Obžalobu podává sněmovna poslanecká a soudí senát.

sidenta republiky za hlavu státu, má v tomto směru ustanovení naprosto odlišné. Ústavní listina zavádí totiž novotu, pro kterou marně bychom hledali v ústavách států republikánských neb monarchických obdobu neb vzor, totiž dělbu moci vládní a výkonné. Moc vládní a výkonná jest u nás dělena mezi presidenta republiky a mezi vládu v technickém smyslu a to v ten způsob, že práva presidentova jsou vypočtena taxativně, vlastní však moc vládní a výkonná, pokud výslovně nepřísluší presidentu, přísluší vládě (§ 64.). Podle tohoto ustanovení vlastním představitelem moci vládní a výkonné není tedy president republiky, hlava státu, nýbrž vláda. Důvodu pro toto ustanovení, ve státním životě vskutku zcela ojedinělé, těžko lze dohadnouti. Počátek byl učiněn v prozatímní ústavě z 13. listopadu 1918, která sice prohlásila, že president republiky jest hlavou státu (§ 7.), avšak zároveň stanovila, že »moc výkonná a nařizovací přísluší vládě«, kterou volilo Nár. shromáždění (§ 14.). Na této zásadě stála také prozatímní ústava z 23. května 1919, která zde provedla pouze tu změnu, že právo jmenovati a propouštěti vládu přiznala presidentu republiky (§ 14.). Nebude, tuším, daleko pravdy dohad, že tvůrcové prozatímní ústavy zamýšleli původně republiku nepresidentskou a že prozatímní ústava tato měla k tomu tvořiti jakýsi přechod. Když však otázka nepresidentské republiky u nás byla pochována, nebylo zajisté již důvodu pro toto opravdu prazvláštní ustanovení. Přes to však i definitivní ústava na této zásadě setrvala.

Zpráva ústavního výboru odůvodňuje toto ustanovení tím, že ústavní výbor veden byl snahou dáti presidentu »což jeho jest«, ale zabrániti tomu, aby v rukách jedincových nebylo soustředěno příliš moci, které by mohlo býti zneužito. Volání po »silném« presidentu ústavní výbor prý odolal maje na mysli budoucnost a jsa varován nezákonnostmi, jimiž oplývala vláda císaře Františka Josefa. Ústavní listina prý nadává presidenta ohromnou mocí, která jej činí velmi silným činitelem v komplexu brzd a protiváh, bez nichž se spořádaný stát neobejde. (President republiky má býti jen brzdou a protiváhou? pozn. spis.) Práva Nár. shromáždění jsou prý právy původními, práva presidentova pouhými deriváty.[28]) Z toho hlediska vycházeje škrtl

---

[28]) Názor tento jest naprosto pochybený. Vycházíme-li ze zásady § 1. úst. listiny, že »lid« jest jediným zdrojem veškery státní moci v re-

prý ústavní výbor první větu původní osnovy vládou předložené, která zněla: »President republiky je představitelem moci vládní a výkonné, kterou s výjimkami níže stanovenými provádí odpovědnou vládou a úřady jí podřízenými.« Ústavní výbor následoval prý tudíž ústavu francouzskou [29]) a vypočítává taxativně v § 64. práva presidentova daná pod záruky ústavní listiny.

Vládní zpráva důvodová praví pouze, že vládní návrh ústavy pokusil se zachrániti jednotnost moci vládní a výkonné formulací, že president jako hlava státu je sice představitelem (subjektem, nositelem) moci vládní a výkonné, že však přímý výkon této moci mu přísluší arci za odpovědnosti vlády jen v případech uvedených taxative pod č. 1. až 12.; dále se však o věci nezmiňuje. Vládní návrh ústavy tedy správně pochopil podstatu věci, ale v ústavním výboru neprošel — na újmu věci samé. Hoetzel ve výše uvedeném článku právě v této otázce jest velmi stručný; rád mu věřím.

Pokládám dělbu moci vládní a výkonné mezi presidenta republiky a vládu za věc pochybenou a nepromyšlenou. Plnost této

---

publice československé, jsou práva Nár. shromáždění právě tak právy odvozenými jako práva presidenta republiky. Ústavní výbor, zdá se, že otázku tuto zaměnil s orgánovou povahou obou těchto činitelů; ale i po této stránce jsou Nár. shromáždění i president republiky stejnou měrou orgány bezprostředními jako druhotnými.

[29]) Zde dal ústavní výbor na jevo, že naprosto nepochopil ústavy francouzské z r. 1875. Ústava t. zv. Třetí republiky liší se totiž od předcházejících ústav tím, že není obsažena v jednotné ústavní listině, nýbrž ve třech celkem velmi krátkých ústavních zákonech, které však nevyčerpávají ústavní právo francouzské a dosti toho jest, co sluší doplniti ze všeobecných zásad, jimiž jest ovládána republika francouzská jako republika parlamentní. Velkým omylem bylo by tedy domnívati se, že ústavní zákony francouzské vyčerpávají pravomoc presidenta republiky; ony ji jen příkladmo uvádějí, ale nikoli taxative vypočítávají. Kdyby tyto ústavní zákony skutečně vypočítávaly pravomoc presidentovu, v kterých ústavních zákonech francouzských by ústavní výbor hledal a našel ustanovení, komu přísluší plnost moci vládní a výkonné? Esmein n. u. m. str. 572. praví, že moc vládní a výkonná jest dána presidentu republiky, který jest jejím představitelem. Ústava předpokládá a v sobě zahrnuje tuto zásadu, ačkoli ji prý formálně nevyslovuje. Omyl ústavního výboru vyvrací i vládní zpráva důvodová připomínajíc, že z práva resp. povinnosti presidenta francouzské republiky, aby kontroloval a zaručoval provádění všech zákonů vyvozují Francouzové důsledek, že president je fakticky hlavou moci vládní a výkonné.

moci přiznaná hlavě státu neznamená ještě »silného« presidenta po vzoru americkém [30]), ani nemusí míti v důsledku nezákonnosti, jimiž oplývala vláda císaře Františka Josefa, jak se domnívá ústavní výbor. Pozorujeme na př., že v monarchiích parlamentních jest podle samotné ústavy výhradným představitelem moci vládní a výkonné monarcha. A přece ani v Anglii, ani v Belgii, ani v ostatních takových monarchiích nemají nejmenší obavy před nějakými nezákonnostmi, které by páchal král. Ze zprávy ústavního výboru čiší tu rakouská úzkoprsost, která se domnívá, že každé moci jest vždy hned v ústavě přičiniti příslušnou závoru, aby nebylo lze té moci zneužívati. Ve státu opravdu ústavním nejpůsobivějšími závorami proti jakémukoli zneužití státní moci a nejbezpečnějšími oporami ústavního výkonu každé moci nejsou paragrafy ústavy neb zákonů, nýbrž právní přesvědčení a smysl a cit pro právo u státních občanů. Zpráva ústavního výboru cituje zde sice výrok známého státovědce anglického Diceyho (Introduction to the study of the law of the Constitution, London, 1908, str. 458.), ale dospívá při tom důsledku přímo opačnému, než jak bychom z této citace očekávali. V Anglii jest král přece de jure dodnes výhradným zákonodárcem, jemu přísluší plnost moci vládní a výkonné, v jeho jménu se vykonává veškera moc ve státu. Na anglické ústavní poměry vůbec se nehodí theorie o dělbě mocí ve státu (v tom omylu přímo zásadního se dopustil Montesquieu i De Lolme: Constitution de l'Angleterre, Genève, 1793, Tome II. a rovněž i Blackstone: Commentaries I., 10th edition, London, 1787), a dovolávati se tedy anglických státovědců ve prospěch dělby dokonce i moci vládní a výkonné jest vůbec naprosto nepřípadné. Právě soustava parlamentní — a naše republika chce býti zajisté státem s takovouto soustavou — předpokládá, že hlava státu jest zároveň hlavou moci vládní a výkonné, neboť právě tato soustava umožňuje hlavě státu, aby se zde svými vlastnostmi a schopnostmi uplatnila. (Srov. na př. postavy králů Eduarda VII. a Jiří V.)

Zajímavo jest však, že ústavní listina neprovedla patřičné

[30]) Ústavní výbor zde přehlíží, že moc presidenta Severoamerické Unie není za normálních poměrů nikterak valná, a jen za poměrů mimořádných, najmě válečných, může nebývalou měrou vzrůsti, jak ostatně zkušenost ze světové války ukazuje. To jest však právě přednost této ústavy.

důsledky z této dělby moci vládní a výkonné. Přiznala-li určitou část této moci presidentu republiky a ostatek vládě, slušelo by se zajisté, aby tam, kde jde o výkon moci specificky presidentské, bylo také ústavou zajištěno, že president tuto moc bude moci vykonati, jinými slovy, aby president republiky nebyl někdy směšován s vládou. Tomu však tak není. Právo podepisovati zákony resp. vraceti je k opětnému projednávání přísluší zajisté podle ústavní listiny výlučně presidentu republiky. Ale podle § 47. řídí se lhůta, do které doby může president vrátiti zákon k opětnému projednávání, ode dne, kdy usnesení Nár. shromáždění bylo dodáno vládě. Co bude, když vláda presidentu republiky návrh zákona ať z té, ať z oné příčiny nedodá? [31]) Na tuto slabinu poukazuje také Hoetzel, n. u. m. str. 12. připomínaje, že nebylo možno prosaditi znění: »ode dne, kdy usnesení Nár. shromáždění bylo mu vládou dodáno.«

6. Pokud jednotlivých oprávnění vypočtených v § 64. úst. listiny se týče, sluší po mém soudu blíže přihlédnouti k oprávněním, jež se týkají poměru presidenta republiky k orgánům moci zákonodárné a k oprávněním v oboru moci zákonodárné. Podle § 64. odst. 4. president republiky »svolává, odročuje a rozpouští Národní shromáždění a prohlašuje zasedání sněmoven za ukončené«. Podle naší ústavy dává tedy president podnět k činnosti sborů zákonodárných tím, že v jeho ruce jest položeno svolání, odročení atd. Nár. shromáždění. Ústavní listina nepřijala zde zásad obvyklých v republikánských státech a v některých monarchiích, že totiž se sněmovny scházejí v určitou předem stanovenou dobu ipso jure [32]), ovšem na druhé straně se

---

[31]) Zde lze ovšem namítnouti, že jsou to obavy celkem zbytečné, protože co jest právnicky myslitelno, nemusí býti již také i politicky možno. Ale byly-li ústavou stanoveny všechny možné závory proti tomu, aby se moc presidentova příliš nezmohla, bylo zajisté také zaručiti, že president práva jemu zaručená bude moci skutečně vykonávati.

[32]) Ve Francii podle § 1. úst. zákona z 16. července 1875 scházejí se obě sněmovny každého roku v druhé úterý měsíce ledna, leč že by je president republiky byl svolal již dříve a zasedání obou sněmoven musí trvati nejméně pět měsíců v roce. V Severoamerické Unii schází se kongres první pondělí měsíce prosince, leč že by kongres zákonem stanovil jiný den (hl. I., sekc. 4., § 2. úst.). V Mexiku má kongres každoročně dvě zasedání řádná: první, jež počíná 16. září a končí 15. prosince a druhé začínající 1. dubnem a končící 31. května (čl. 62. úst.), v Argen-

nepostavila na zásadu v některých monarchiích až dosud obvyklou, že právo svolávati parlament spadá výlučně v obor pravomoci hlavy státu, aniž by toto právo ústavou neb zákonem bylo nějak modifikováno. Byla přijata jakási střední cesta, což vládní zpráva důvodová také velmi dobře odůvodňuje, podle které jest právem presidentovým svolávati Nár. shromáždění k řádným zasedáním, ovšem jsou tu stanoveny určité terminy, ve kterých jest řádné zasedání svolati; k mimořádnému zasedání může je však president svolati kdykoli. Nad to pak jest postaráno v tom případě, že by snad president nedostál povinosti svolati zasedání řádné, o to, že obě sněmovny mohou se k návrhu většiny resp. menšiny sejíti samy na vyzvání svých předsedů (§§ 28.—31.). Pokud pak se týče otázky rozpouštění sněmoven, přijala ústavní listina zásadu, že president republiky může rozpustiti obě sněmovny. V republikánských státech není obvyklé, že by president měl právo rozpustiti sněmovny. Pouze ve Francii může president tak učiniti, ovšem potřebuje k tomu souhlasu senátu (čl. 5. ústavního zákona z 25. února 1875).[33]) Ústavní listina se tu přidržela vzoru ústavy belgické, podle které má hlava státu právo rozpustiti sněmovny a to buď obě najednou, aneb každou zvláště. Proč naše ústavní listina přijala toto ustanovení, ani ve zprávě

tině zasedají sněmovny v řádném zasedání od 1. května do 30. září a samy prohlašují zahájení i ukončení zasedání (čl. 55., 57. úst.), v Brasilii schází se kongres, pokud zákon nestanoví jiný den, 3. května a zasedá čtyři měsíce (čl. 17. úst.).

Ale i v některých monarchiích schází se parlament ipso jure v den ústavou stanovený; tak jest tomu v Belgii, Nizozemsku, Dánsku, Švédsku, Norsku, Řecku a v Turecku.

Ovšem ve všech těchto státech výše jmenovaných přísluší pravidlem hlavě státu právo svolávati sněmovny k zasedáním mimořádným.

[33]) Že v republikánských státech hlavě státu nepřísluší právo rozpouštěti sněmovnu poslaneckou, lze si vysvětliti m. j. krátkým trváním zákonodárného období. Tak na př. v Severoamerické Unii jest období zákonodárné dva roky, v Mexiku rovněž dva roky, v Argentině čtyři roky, avšak poslanecká sněmovna se zde obnovuje z polovice každý druhý rok, v Brasilii tři roky. Z ostatních románských republik amerických má nejkratší období zákonodárné Salvador (jeden rok), nejdelší Nicaragua (šest let); avšak zde se poslanecká sněmovna obnovuje každého druhého roku z jedné třetiny; jinak se tu pohybuje zákonodárné období mezi dvěma až čtyřmi lety. Pokud senátu se týče, obnovuje se tento ve všech výše uvedených republikách vždy partiálně.

ústavního výboru, ani ve vládní zprávě důvodové se nevysvětluje. Důvody toho jsou však na snadě. Období zákonodárné v naší republice jest, jak správně vytýká také zpráva ústavního výboru, zajisté příliš dlouhé, pokud mi známo, nejdelší ze všech států: šest let pro sněmovnu poslaneckou a osm let pro senát, u kterého zejména i to padá na váhu, že se obnovuje nikoli partiálně, jak u senátu bývá obvyklé, nýbrž integrálně, jednou za osm let. Důsledkem soustavy listinné není u nás doplňovacích voleb, které za soustavy volebních okresů bývají velmi dobrým ukazatelem smýšlení národa v mezičasí zákonodárného období. V životě každého státu se dostavuje zajisté často stav, kdy jest nutno před rozhodnutím důležitých událostí zjednati si předem jasno ve smýšlení národa. K tomu slouží nové volby, které znamenají zde dotázání se národa, v jiných pak případech, zejména v ústavních sporech vážnějšího rázu, odvolání se k národu. Z toho důvodu vším právem ústavní listina připustila rozpustitelnost jak sněmovny poslanecké, tak i senátu. S hlediska právnického nebylo by totiž důsledné, kdyby bylo lze rozpustiti toliko sněmovnu poslaneckou, nikoli však také senát, do kterého se volí v podstatě na těchže zásadách a jehož období jest dokonce delší než sněmovny poslanecké. S hlediska politického pak skutečnost, že byla by rozpustitelna jen sněmovna poslanecká, senát však nikoli, vedla by k důsledkům politicky velmi povážlivým, když by se ve sněmovně poslanecké důsledkem provedených nových voleb objevily již nové proudy, odlišné od celkového smýšlení senátu, který by stál ještě na stavu voleb starých. Z toho důvodu lze s ustanovením § 31. úst. listiny jen souhlasiti.[34])

Pokud vlastního oboru moci zákonodárné se týče, vidíme, že president republiky postrádá práva zákonodárné iniciativy. Podle odst. 6. § 64. má president právo pouze doporučovati Ná-

[34]) Doložiti sluší ovšem, že soustava vázaných listin v naší republice zavedená činí jakékoli dotázání se národa neb odvolání se k národu naprosto ilusorní. U nás nevolí totiž národ, který revolučním Národním shromážděním byl o svobodu hlasovací připraven, nýbrž v podstatě výkonné výbory politických stran. Za takovéhoto stavu věcí nelze ovšem mluviti o dotázání se národa neb o odvolání se k národu, nýbrž vlastně jen o dotázání se výkonných výborů politických stran resp. o odvolání se k nim. Má-li pak takovéto dotázání se neb odvolání nějakého významu, jest zajisté více než pochybno.

rodnímu shromáždění »k úvaze opatření, která pokládá za nutná a účelná«. Proč ústavní listina nepřiznala presidentu republiky právo zákonodárné iniciativy, ze zprávy ústavního výboru se nedovídáme. Vládní zpráva důvodová však praví, že se tak stalo po zralé úvaze, neboť iniciativa zákonodárná není prý příliš praktická ani tam, kde ústava takovéto právo presidentu výslovně uděluje a dovolává se přímo Francie. Avšak po mém soudu není dovolávání se francouzské ústavy na místě. Ve státu, kde hlava státu jest zároveň představitelem a hlavou moci vládní a výkonné, není právo zákonodárné iniciativy přiznané hlavě státu zajisté příliš praktické, neboť vláda a hlava státu spadá zde juristicky v jedno, byť i politicky se tu rozlišovalo mezi hlavou státu a vládou v technickém smyslu: hlava státu vykonává práva ústavou jí přiznaná pouze prostřednictvím odpovědných ministrů, jichž souhrn jako jednotný sbor zoveme vládou. Stěží bylo by tedy lze si představiti, že by hlava státu podala nějakou osnovu, s kterou by vláda nesouhlasila: osnova zákona podaná hlavou státu jest nutně návrhem vládním a naopak. V takovýchto státech přirozeně iniciativa zákonodárná přiznaná hlavě státu absorbuje iniciativu vlády; právo zákonodárné iniciativy vedle hlavy státu také vládě ústava nepřiznává. (Nepřísluší-li na př. v Severoamerické Unii právo zákonodárné iniciativy presidentu republiky, jest samozřejmo, že nepřísluší ani vládě, která podle ústavy jest pouze exponentem presidenta, nikoli však také kongresu.) Jinak jest tomu však v našem státu, kde moc vládní jest dělena; tu zajisté příkladu Francie nelze se dovolávati.

Ústavní listina přidržela se zde vzoru amerického. Podle ústavy Severoamerické Unie postrádá totiž president zákonodárné iniciativy; má však právo doporučovati kongresu k úvaze »všechna opatření, jež pokládá za nutná a účelná« (hl. II., sekc. 3., § 1).[35] [36])

---

[35]) Nedostatek zákonodárné iniciativy presidenta Severoamerické Unie podává se přímo z povahy tohoto státu; jeť vybudován na přísné zásadě dělené moci ve státu, a tvůrcové ústavy nedovedli to srovnati s touto zásadou, aby představitel moci výkonné měl také nějaké účastenství v pochodu zákonodárném.

V praxi však tento nedostatek jest hojně nahrazen právem presidentovým podávati kongresu poselství, kde jsou obsaženy časté náměty zákonodárné, jichž kongres neopomene použiti.

[36]) Z velikých románských republik amerických se přidržela vzoru Severoamerické Unie pouze Brasilie, kde president nemá práva zákono-

Podle § 64. odst. 5. má president republiky konečně právo »vraceti s připomínkami usnesené zákony a podepisuje zákony Národního shromáždění . . .« Obojí toto právo souvisí úzce spolu. S právem podepisovati zákony, nemá-li ovšem právo toto býti bezobsažnou formalitou, jistě jest spojeno právo v určitých případech vraceti návrhy zákonů sborům zákonodárným k opětnému projednávání. Zde ústavní listina se přidržela vzoru ústav států republikánských.[37]) Ovšem právo vraceti návrhy zákonů k opětnému projednávání, není ve všech republikách upraveno stejným způsobem. Nepřihlížíme-li k rozdílům ve lhůtách, do které jest návrh vrátiti, a k t. zv. kvoru předepsanému pro setrvání na původním návrhu, pozorujeme tu značný rozdíl v dosahu tohoto práva mezi ústavou francouzskou a ústavou Severoamerické Unie. Podle francouzské ústavy má president republiky právo žádati motivovaným poselstvím obě sněmovny o opětné projednávání návrhu zákona, což sněmovny nemohou odepříti. Zdali však k usnesení, že sněmovny setrvávají na svém původním návrhu, jest třeba většiny prosté či kvalifikované, ničeho se zde nepraví. Podle ustáleného mínění stačí však většina prostá. Setrvají-li tedy obě sněmovny prostou většinou na svém návrhu, jest president povinen zákon vyhotoviti a dáti vyhlásiti.[38]) Avšak důsledkem soustavy parlamentní president tohoto práva neužívá a historie Třetí republiky nezaznamenává jediného případu, že by president byl zákon nepodepsal. V Severoamerické Unii má president republiky právo vrátiti nepodepsaný bill té sněmovně, z které vyšel; jest však rovněž povinen udati pro to důvody. Setrvá-li tato sněmovna dvoutřetinovou většinou všech svých členů na svém usnesení, jest bill dodán sněmovně druhé; usnese-li se i druhá sněmovna na něm dvoutřetinovou většinou všech svých

dárné iniciativy (čl. 36. úst.). Naproti tomu Mexiko a Argentina přiznaly podle vzoru francouzského presidentu republiky právo zákonodárné inciativy konkurující s právem kteréhokoli člena jedné z obou sněmoven (čl. 65. mex. a 68. arg. ústavy).

[37]) Ve Francii čl. 7. úst. zákona z 16. července 1875, v Severoamerické Unii hl. I., sekc. 7., § 2., v Mexiku čl. 71., v Argentině čl. 72., v Brasilii čl. 37. úst.

[38]) Esmein n. u. m. str. 880. a násl., Duguit n. u. m. II., str. 328. a násl., Moreau n. u. m. str. 269. a násl., Pierre n. u. m. str. 851. a násl., Jèze: Éléments du droit public et administratif, Paris, 1910, str. 27. a násl.

členů, stává se bill i bez podpisu presidentova zákonem. Hlasuje se v obou sněmovnách pouze »ano« a »ne« a podle jmen, což v protokolu dlužno zjistiti. Tohoto svého práva užívá president dosti často a zřídka se odváží kongres, ježto veřejné mínění se tu pravidlem staví na stranu presidentovu, na původním svém návrhu setrvati. Vrácení nepodepsaného billu k opětnému projednávání znamená tedy pravidlem pád dotčeného billu.

Ústavní listina naší republiky přidržela se v tomto směru ústavy Severoamerické Unie. Svědčí tomu ostatně i dosavadní praxe, neboť v poměrně krátké době existence naší republiky máme tu již případy, že president republiky vrátil zákony usnesené Národním shromážděním tomuto k opětnému projednávání.[39])

Jakou právní povahu má podpis presidenta republiky na zákoně podle ústavní listiny naší republiky? Vládní zpráva důvodová — zpráva ústavního výboru o tom mlčí — praví, že v republikách se z pravidla sbor zákonodárný pokládá »za jediného tvůrce právního řádu, t. j. jeho usnesení mají z pravidla moc zákonů«. »Spolupůsobnost presidenta republiky má tu zpravidla povahu pouhého úkonu vyhlašovacího (promulgačního).« Podle doslovného znění ústavy president jen podepisuje usnesené zákony a na zákonech se usnáší jen Nár. shromáždění, nikoli také president. Jest tedy podepisování zákonů aktem moci zákonodárné, či výkonné? (Chtěli-li bychom přihlížeti jen k formální soustavě ústavní listiny, dospěli bychom k názoru, že podepisování zákonů jest aktem moci vládní a výkonné, ježto se o tom mluví v hlavě třetí ústavní listiny, jež obsahuje moc vládní a výkonnou. Ale formální soustava ústavní listiny nemůže býti směrodatna pro zodpovědění této otázky.) Otázku tuto zodpovíme, rozložíme-li celý pochod zákonodárný v jeho jednotlivé fase: zdělávání obsahu zákona, sankci, promulgaci a publikaci. President republiky na první dvě fase nemá vlivu: ani nespolu-

---

[39]) V ústavní listině postrádáme ustanovení o tom, které sněmovně bude takovýto nepodepsaný zákon dodán. Zpráva ústavního výboru i vládní zpráva důvodová o tom mlčí, a rovněž ani Hoetzel n. u. m., ani Weyr: (Soustava československého práva státního, Brno, 1921) se se o tom nezmiňují. Z ustanovení § 79. jednacího řádu poslanecké sněmovny a § 78. jed. řádu senátu sluší však míti za to, že zákon se vrací té komoře, z které vyšel.

nusí bí při zdělávání obsahu zákona, ani nezakončuje přípravný pochod zákonodárný tím, že projevuje, že zákonem má se státi to, na čem se obě sněmovny souhlasně snesly, resp. na čem se proti senátu předepsanou většinou usnesla sněmovna poslanecká, t. j. neudílí sankci zákonům. Jeho činnost záleží pouze v tom, že v předepsané formě zjišťuje, že státoprávní náležitosti nutné ke vzniku zákona byly skutečně také splněny, což osvědčuje svým podpisem. Pro tento akt užívá se vlivem státovědecké doktriny francouzské z konce 18. a začátku 19. století výrazu promulgace. President republiky tedy promulguje zákon, při čemž jest mu ústavou vyhrazeno právo, má-li nějaké pochybnosti ať již z obsahu zákona, ať jiného druhu, dáti zákon Národním shromážděním znovu projednati. Podpis presidentův není tedy sankce v technickém smyslu, nýbrž promulgace ve smyslu francouzské theorie a vrácení zákona k opětnému projednání není veto ve vlastním smyslu, poněvadž veto jest jen rub sankce, nýbrž jakési quasi veto, pro které všeobecně se užívá, ač nepřesně, výrazu veto odkládací. Z těchto důvodů dospíváme k závěru, že podepisování zákonů presidentem republiky, jakožto promulgace, není aktem moci zákonodárné, nýbrž výkonné.[40])

Ústavní listina přidržela se v tomto směru vzoru ústav republikánských, které pravidlem mluví o právu promulgace, nikoli sankce.[41])

7. Zvláštností naší ústavy jest stálý výbor podle § 54. úst. listiny, který v době, kdy Nár. shromáždění nezasedá, činí neodkladná opatření, i když by k nim bylo jinak třeba zákona a koná dozor na moc vládní a výkonnou. Zpráva ústavního výboru zcela

---

[40]) Srov. k tomu i Hoetzel n. u. m. str. 12., 13., Weyr n. u. m. str. 207. a násl.

[41]) Ve Francii čl. 7. úst. zák. z 16. července 1875 výslovně praví: »Le Président de la République promulgue les lois . . .«, ústava Severoamerické ústavy mluví o »schválení« a »podepisování« zákonů, ústava mexická o promulgaci. Naproti tomu ústavy argentinská a brasilská mluví výslovně o sankci a promulgaci (čl. 86. resp. 48. úst.). Avšak v těchto dvou republikách nelze bráti slovo sankce v technickém smyslu, jako akt moci zákonodárné, neboť ústavy zde mluví také o právu sankce kongresu; sluší tedy sankci se strany kongresu bráti ve významu aktu povahy zákonodárné, kdežto sankci presidenta republiky v povaze aktu moci výkonné; tomu nasvědčuje ostatně také skutečnost právní, že president má tu jen veto odkládací.

správně odůvodňuje zřízení této instituce; vládní zpráva důvodová jest tu celkem dosti stručná. Pokládám tuto instituci za velmi zdařilou. V životě každého státu mohou zajisté nastati případy, kdy nutno učiniti okamžité opatření, k němuž jest třeba přivolení parlamentu, aniž by bylo lze čekati, až se parlament sejde. Anglický parlamentarism zná takové případy, kdy vláda činí určitá neodkladná opatření na svůj vrub a teprve dodatečně si je dává parlamentem t. zv. indemnitní aktou schváliti.[42]) A v jiných státech nejsou podobné zjevy řídké. To zajisté měli tvůrcové naší ústavy na mysli a z úvah těchto se zrodila instituce Stálého výboru. Jest to, jak správně praví vládní zpráva důvodová, jakýsi surogát Národního shromáždění. Obdobu tohoto Stálého výboru shledáváme jen v ústavě mexické v instituci permanentní deputace podle čl. 73., 74. ústavní listiny.[43])

Pokud této instituce se týče, souhlasím naprosto s Hoetzlem n. u. m. str. 15., že se Stálý výbor může vyvinouti na blahodárnou instituci naší republiky. Ovšem zde bude zajisté také mnoho záležeti na duchu, v jakém bude veden. Zkušenost z letní doby minulého roku s tímto Stálým výborem neopravňovala k příliš velikým nadějím do budoucnosti.[44]) Také sluší připome-

---

[42]) Viz m. j. Dicey n. u. m. str. 47. a passim.

[43]) Podle těchto ustanovení jest na dobu, kdy kongres nezasedá, sněmovnami volen zvláštní 29členný výbor (15 ze sněmovny poslanecké a 14 ze senátu), t. zv. permanentní deputace, jež má značný vliv na moc vládní a výkonnou; má právo m. j. svolávati buď k návrhu moci vládní a výkonné, aneb o své újmě, ovšem slyševši předem tuto moc, kongres neb jen jednotlivou sněmovnu k mimořádnému zasedání, dává presidentovi republiky souhlas k jmenování ministrů, diplomatických zástupců neb generálních konsulů, přijímá přísahu presidenta republiky, když nastupuje úřad svůj atd. a má také určitá práva v oboru moci zákonodárné. Jest to prostě jakýsi surogát kongresu.

[44]) Rozumíme-li výrazu »neodkladná« opatření v tom smyslu, že jde nejen o opatření, jež nestrpí odkladu, nýbrž současně jehož existence a nutnost nebylo lze předvídati v době, kdy zasedalo Národní shromáždění, dospíváme k závěru, že činnost tohoto Stálého výboru v letní době minulého roku nevyhovovala duchu ústavy. Viděli jsme, že výbor tento vyřizoval věci, které nebyly nikterak neodkladné ani nepředvídatelné. Ba z pořadu jednání jeho jsme seznali, že mnohdy až kol třiceti takovýchto »neodkladných« věcí bylo vyřízeno v jediném sedění tohoto výboru. To zajisté nemohly býti samé věci neodkladné. To již nelze srovnati ani s literou, ani s duchem ústavní listiny. Z praxe, jaká tu zavládla v letní době minulého roku zdálo se opravdu, že tento

nouti, že tento Stálý výbor překročil již hranice své pravomoci vytčené v odst. 8. citovaného § 54. v opatření ze dne 25. srpna 1920 o úpravě a úhradě cen mlýnských výrobků čís. 494. sb. z. a nař.[45])

8. Jdeme-li dále po cizích vzorech v naší ústavní listině, shledáváme toto: O platnosti voleb do sněmoven rozhoduje zvláštní volební soud (§ 19. úst. listiny). Až do nejnovějších dob patřilo jaksi k autonomní funkci parlamentu, že parlament sám rozhodoval všechny otázky týkající se příslušenství členů ke sboru, zejména tedy, že byl v nejvyšší a konečné instanci rozhodčím o připuštění zvoleného poslance do sněmovny. To vytvořil anglický parlamentarism, ale tento zjev nebyl neznámý ani novodobým sněmům stavovským. Avšak právě na klasické půdě parlamentarismu, v Anglii, byla z této zásady učiněna výjimka, resp. tato zásada byla opuštěna: od r. 1868 nerozhoduje zde o platnosti voleb parlament resp. sněmovna obecných, nýbrž soud. Příkladu Anglie

---

Stálý výbor se stane institucí pravidelnou, naproti tomu však Národní shromáždění, jehož surogátem má býti přece Stálý výbor, institucí výjimečnou. Praxe tato silně upomínala na staré doby rakouské, kdy, co nebylo lze prosaditi v říšské radě, se vyřídilo známým § 14. a říšská rada se k tomu cíli buď odročila neb dokonce uzavřela. Na štěstí se případy tyto neopakovaly, a doufejme, že se také opakovati nebudou.

[45]) Porušení ústavy shledávám předem v tom, že se zde porušuje zásada státoobčanské rovnosti vyslovená v § 106. úst. listiny; když najednou veškero obyvatelstvo státní se neoprávněným způsobem dělí na dvě třídy: na osoby podrobené nemocenské pojistné povinnosti a na osoby této povinnosti nepodrobené, a když oběma těmto třídám se měří nestejnou měrou. Měniti zákony ústavní vymyká se však z pravomoci Stálého výboru (odst. 8., lit. b). Dále shledávám porušení ústavy v tom, že Stálý výbor překročil hranice své pravomoci uloživ svým opatřením nové trvalé finanční povinnosti občanům (odst. 8. lit. c). Zde arci bylo by lze namítnouti, že dotčené opatření Stálého výboru pozbývá platnosti dnem 31. srpna 1921, tedy že tu nelze mluviti snad o »trvalých« finačních povinnostech ve smyslu výše citovaného odstavce. Ale tak tuto otázku formulovati nelze. Nemůže přece jíti o to, je-li působnost určitého opatření časově předem vymezena, neboť pak důsledně ani opatření, jehož působnost byla by předem vymezena na 30 neb 40 let, nemohlo by zakládati »trvalých« povinností. Těžiště věci leží v otázce, jde-li tu o určité dávky periodicky se opakující, čili nic. A výše uvedeným opatřením se ukládají dávky periodicky se opakující; proto jde tu o trvalé finační povinnosti. Z toho důvodu příčí se toto opatření ustanovení lit. c. odst. 8. a jest neústavní.

následovalo Švédsko: podle čl. 11. a 22. Riksdagsordningu modifikovaného zákony z 26. února 1909 rozhoduje o platnosti voleb do obou sněmoven správní dvů soudní. Naše ústavní listina přidržela se tu vzoru anglického a to vším právem. Jest jen na prospěch politické mravnosti, když o platnosti voleb do sněmoven nerozhodují sněmovny samy, kde jest se až příliš obávati stranické zaujatosti, nýbrž nestranný volební soud.

Mluvím-li již o autonomní funkci parlamentu, pokládám za záhodno zmíniti se také o otázce, do jakého typu parlamentů sluší v tomto směru čítati naše Nár. shromáždění. Jest Nár. shromáždění parlament autonomní či neautonomní, t. j. přísluší sněmovnám Nár. shromáždění výlučné právo upravovati si svůj jednací řád, aniž by jinému činiteli ve státu příslušelo právo o tom spolurozhodovati, či jsou jednací řády sněmoven upraveny zvláštními zákony a sněmovnám přísluší pouze právo v rámci tohoto zákona vydati podrobnější předpisy? V tomto druhém případě dlužno pak ovšem rozeznávati zákon o jednacím řádu a autonomní řád jednací. K typu parlamentů neautonomních náleží zejména parlament švédský a patřily sem parlament srbský, bývalá říšská rada království a zemí na říšské radě zastoupených a bývalý říšský sněm uherský. Jednací řády poslanecké sněmovny a senátu jsou upraveny zákony a to: z 15. dubna 1920 čís. 325. sb. z. a nař. pro poslaneckou sněmovnu a z 15. dubna 1920 čís. 326. pro senát. Oba dva tyto zákony mají výslovné ustanovení o tom, které předpisy lze změniti autonomním usnesením dotčené sněmovny; paragrafy ty jsou vypočteny taxative. K tomu se druží zákon z 15. dubna 1920 o organisaci kanceláři sněmovny poslanecké a senátu čís. 328. Vidíme tedy, že sněmovnám našeho Nár. shromáždění nepřísluší výlučné právo upravovati si svoje jednací řády, nýbrž pouze v rámci zákonů o jednacím řádu. Sluší tedy naše Národní shromáždění řaditi k parlamentům neautonomním.[46]) Zde tedy přejaty byly rakouské tradice. Ovšem není pře-

[46]) Na věci nevadí ovšem nikterak skutečnost, že obě sněmovny jsou nadány oproti osobám třetím pravomocí vskutku rozsáhlou. Jest to zejména předpis § 28. jedn. řádu obou sněmoven. Podle tohoto ustanovení může z usnesení výboru předseda neb zpravodaj býti zmocněn předvolati vedle znalců i svědky a oprávnění toto jest dotvrzeno sankcí, že křivá výpověď svědka před výborem jest trestná jako křivá výpověď před soudem. Toto ustanovení jest přejato z anglické ústavy (standing order č. 86., 87. z 20. února 1872).

hlížeti, že zde na váhu padaly důvody státně resp. národně politické.

9. Instituci v Evropě a vlastně ve všech kulturních státech novou zavádí ústavní listina v čl. II. uvozovacího zákona, totiž ústavní soud. Ústavní listina zavedši rozdíl mezi zákony ústavními, kterým přiznala zvýšenou moc zákonnou, a zákony prostými přijala, jak správně připomíná zpráva ústavního výboru, soustavu ústav ztrnulých a contr. ústav pružných. Avšak není-li tu instance, která by tuto zvýšenou zákonnou moc zákonů ústavních také chránila, není zajištěno, že ústava bude také vždy dodržována, a ústavní zákony zůstávají z valné části takto pouze t. zv. leges imperfectae. To dobře postřehli tvůrcové ústavy Severoamerické Unie a odchováni byvše tradicemi své vlasti o moci anglického soudce, vystupňovali ještě moc soudcovskou přiznavše jí právo rozhodovati o ústavnosti zákona. Ústava Severoamerické Unie vybudovala totiž jakousi hierarchii zákonů s nestejnou mocí zákonnou, takže zákon na vyšším stupni má vyšší moc zákonnou než zákon na stupni nižším. Tato hierarchie zákonů jest: spolková ústava, spolkové zákony, ústavy jednotlivých států, zákony jednotlivých států, a záruka zachovávání této hierarchie jest dána v ruce soudů. Shledá-li tedy americký soudce, že některý zákon v nižší stupnici příčí se zákonu ve stupnici vyšší, nepřihlíží při svém rozhodnutí k tomuto zákonu a nalezne za právo, jakoby tohoto zákona tu nebylo, t. j. prohlásí dotčený zákon za neústavní a tedy za neplatný.[47] [48])

---

47) Bryce n. u. m., I., str. 247. a násl., Saripolos: La démokratie et l'élection proportionnel, Paris 1898, Tome I., str. 331. a násl.; k tomu i Burgess: The chief questions of present american politics, Political Science Quarterly, roč. XXIII., str. 395. a násl.

48) Také jen moci soudcovské v Severoamerické Unii jest děkovati, že, když počátkem 19. století nastal velký přesun politických stran, ústava byla uhájena a resp. vlastně dobudována v tradicích strany federalistické, která v prvních letech trvání Severoamerické Unie měla naprostou převahu.

Doložiti sluší, že v nejnovější době lze v Unii pozorovati proudy, které chtějí obmeziti tuto kromobyčejnou moc soudcovskou. Po vzoru instituce nedávno zde zavedené, t. zv. popular recall, na základě které lze lidovým hlasováním odvolati veřejného zřízence kdykoli před vypršením jeho úřadu, usiluje se o to, aby bylo lze soudcovský nález, kterým některý zákon byl prohlášen za neústavní a tedy za neplatný, rovněž takovýmto hlasováním zrušiti. To znamená odvolati se od soudu

Francouzská revoluce zamýšlela sice také vybudovati záruky dodržování ústavy, ale pokusy podniknuté v tomto směru jednotlivými ústavami zůstaly bez trvalých účinků.[49]) V jiných státech, zejména evropských, soudcovských záruk ústavních zákonů, až na jedinou výjimku,[50]) postrádáme.

Myšlenka ústavy Severoamerické Unie, že o ústavnosti zákonů mají rozhodovati soudy a že neodvislost soudcovská jest tedy nejlepší zárukou bezpečnosti nejen právní, nýbrž i ústavní, přejata byla naší ústavní listinou a uskutečněna zřízením zvláštního Ústavního soudu (čl. II. a III. uvozov. zákona, který byl proveden zákonem ze dne 9. března 1920 o ústavním soudu č. 162, sb. z. a nař.). Podle § 7. tohoto zákona jest ústavní soud výlučně příslušný rozhodovati o tom, zda-li vyhovují:

a) zákony republiky československé a zákony sněmu Podkarpatské Rusi zásadě čl. I. uvoz. zákona k ústavní listině,

b) prozatímní opatření podle § 54. úst. listiny ustanovení odst. lit. b tohoto paragrafu;
sankce pak nálezu ústavního soudu jest dána § 20. tohoto zákona, podle kterého ode dne uveřejnění dotčeného nálezu ve Sbírce z. a nař. jsou zákonodárné sbory, vláda, všechny úřady a soudy nálezem vázány.

---

k národu a povýšiti národ za nejvyššího soudce. Úsilí toto došlo také náležitého výrazu v ústavní listině státu Colorado, jež stanoví: vydá-li nejvyšší soud nález, že některý zákon jest neústavní, může 5% voličů žádati, aby tento soudcovský nález byl předložen národu k všeobecnému hlasování; prohlásí-li se pak při tomto referendu většina voličů proti nálezu, zákon dotčený zůstává v platnosti přes opačný nález nejvyššího soudu. Viz James W. Garner: La révocation des agents publics par le peuple aux États-Unis, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, Tome XXXVII. (roč. 1920), č. 4.

[49]) T. zv. ústava girondinská zaváděla v tit. VIII. právo censury všech zákonů a vůbec všech aktů legislace, jež by odporovaly ústavě; právo censury příslušelo prvotním shromážděním. Rovněž dle čl. 28. ústavy z r. VIII. měl tribunát právo rekursu k senátu proti aktům sboru zákonodárného, jež odporovaly ústavě. Avšak rekurs nebyl přípustný proti zákonům již promulgovaným.

[50]) Pouze v Norsku přísluší soudům právo zkoumati ústavní platnost zákonů. Viz Morgenstierne: Das Staatrecht des Königreiches Norwegen, Tübingen, 1911, str. 115. (ve sbírce: Das öffentliche Recht der Gegenwart, svaz. XIII.).

Zavedení ústavního soudu sluší jen vítati, neboť tím dána jest jistě silná záruka ústavnosti v naší republice.

10. Konečně dlužno se také zmíniti o hlavě páté ústavní listiny, která jedná o právech, svobodách a povinnostech občanských. O hodnotě těchto státoobčanských práv nemíním se zde šířiti a poukazuji na celkem správné vývody vládní zprávy důvodové. Ústavní listina naše přidržela se zde vzoru takřka všech ústav světových, které zvláště zaručují tato t. zv. práva státoobčanská. Výjimku zde činí pouze Anglie, Francie (a bývalé království uherské). V Angliii se pojetí práv státoobčanských v moderním smyslu neujalo. Vysvětliti si to lze z části tím, že zde není vůbec psané ústavy, (jako jí nemělo bývalé království uherské), ačkoli určitý základ práv státoobčanských shledáváme ve starších zákonech: ze 7. června 1628 (The Petition exhibited .... concerning divers rights and liberties of the Subjects), z 13. února 1689 (An Act declareing the rights and liberties of the Subjects ...) a konečně z 12. června 1701 (An Act for the further limitation of the Crown and better securing the rights and liberties of the Subject), zvanými krátce petition of right, bill of rights, Act of settlement. V zemi tradičního přímo konservatismu a přísného smyslu a citu pro právo, kde dvě revoluce (1649, 1688), jež historie smazati nemůže, zastírají a omlouvají se známými právními fikcemi anglickými, v zemi, kde svoboda jak individuální, tak i politická koření v několikastaletém vývoji a má již svoje mocné tradice, nebylo a není třeba, jak státovědecká literatura anglická takřka jednostejně hlásá, svobodu státoobčanskou nějakými psanými zákony zvláště formulovati. Jinak jest tomu však ve Francii. Není zajisté bez zajímavosti, že v zemi, kde poprvé na pevnině evropské byla v památném Prohlášení práv člověka a občana státoobčanská práva formulována, poprvé na pevnině evropské bylo od této formulace opět upuštěno; ústavní zákony Třetí republiky postrádají ustanovení o státoobčanských právech. To ovšem neznamená, že by tato práva zde byla pozbyla praktického svého významu, nýbrž, jak se shodují státovědci francouzští, že práva tato se stala do té míry obecným přesvědčením národa francouzského, že nebylo uznáno za záhodno v ústavních zákonech je vytýkati a zaručovati.

Naše ústavní listina nenásledovala v tomto směru ústavy ani anglické, ani francouzské, nýbrž přidržela se vzorů starších.

Právem. Vytčení státoobčanských práv není nutným jen v monarchiích, nýbrž zajisté i v demokraciích: práva státních občanů sluší hájiti nejen nahoru, nýbrž i dolů. Souhlasím tu úplně s Hoetzlem n. u. m. str. 21., že jest to velká vymoženost pro občany, že ústavní listina sama ohraničuje jejich právní sféru. O jednotlivých těchto právech, jakož i o povinnostech (téměř každé státoobčanské právo má svůj rub ve státoobčanské povinnosti) blíže pojednávati, pokládám v této stati za zbytečné. —

Ve svých vývodech přičinil jsem tu a tam kritické poznámky k některým ustanovením ústavní listiny. Tím ovšem není míněno, že by naše ústava nebyla dobrá. Vycházíme-li z pojetí o relativní hodnotě ústav, dospíváme přesvědčení, že naše ústava, není-li velmi dobrá, je zajisté při nejmenším dobrá a neslouží svým tvůrcům nikterak k necti. Na dnešních zákonodárcích jest, aby na díle zdárně započatém pokračovali a aby zejména jedna instituce, jež, aniž by byla součástkou ústavy, tvoří vrchol politické nemravnosti, kalí radost z ústavy a dává svědectví naší politické inferiority, jež není u nižádného z kulturních národů, a v níž jsme se opičili po Německu a Rakousku, totiž smutně proslulé vázané listiny, co nejdříve odstranili a vrátili národu opět nejcennější právo politické, totiž svobodu volební. Jeť svoboda volební nezbytným přívlastkem svobodného národa, bez ní jest každý národ pouhým hlasovacím stádem.

Na konec jest si jen přáti, aby se ústava stala u nás bezpečným základem příštího našeho právního a státního vývoje a aby na jejím podkladě mohly se vyvinouti, v bývalém Rakousku tak soustavně ubíjené, právní přesvědčení a smysl a cit pro právo, jež jsou nejbezpečnějším základem každého spořádaného státu.

*Václav Vojtíšek*:

# Soud a rada v královských městech českých.

## I.

Dva hlavní orgány samosprávy městské, byly soud a rada městská, a o nich možno předpokládati, že byly zřízeny v městech českých od samých jejich počátků. Aspoň stupeň, k němuž dospěl vývoj městského zřízení v Německu, zaneseného do zemí našich

kolonisaci německou, do první poloviny 13. století, činí nepochybným, že obec měšťanská (communitas, universitas civium, stadtgemeinde) měla vždy u nás účast v autonomii obecní skrze stálé přísežné nebo konšely a také kmety (iurati, consules, scabini, geschworne, schepfen), kteří byli králem nebo jeho úřady pravidelně na rok z měšťanstva jmenováni, a spor by snad mohl býti leda v tom, které bylo jejich prvotní postavení a která měli práva. Zvláště o to by šlo nejvíce, náležela-li jim pouze správa věcí obecních, tržních a finančních za dozoru zeměpanského úředníka, rychtáře (iudex, advocatus, richter, schultheis, voigt), či zasáhali i v soudnictví a omezovali rozsáhlou soudní pravomoc vyhrazenou rychtáři jako zástupci panovníka v soudu.[1]) Spíše druhá možnost je správnou pro obojí skupinu práva jihoněmeckého i práva magdeburského, v něž se města v Čechách a na Moravě rozpadala, ale jisto je, že původní uspořádání věcí ve městech zajišťovalo převahu rychtáři a tím právům vrchnostenským a neposkytovalo plné volnosti živlu měšťanskému.[2]) A proto, když se prameny stávají určitějšími, lze sledovati ve všech městech českých úsilí přísežných i obce, aby byla zvětšena i upevněna jejich moc nejen v městské správě politické a hospodářské, nýbrž i v záležitostech soudních, a to jak proti královskému podkomořímu, tak obzvláště proti výsadám rychtářovým.

V městech českých jeví se tendence, aby působnost rychtářova v otázkách vlastní správy městské i v hospodářství městském a v moci zákonodárné, která s nimi souvisela, byla stlačena, po případě vůbec vyloučena, a naproti tomu, aby význam přísežných jako přísedících soudu i nálezců práva byl vyzdvižen a po-

---

[1]) V otázkách radního zřízení měst českých stojí proti sobě dvojí mínění. Čelakovský ve svých pracech stojí na stanovisku, že přísežní původně měli na starosti pouze věci obecní a trhové a že se teprv časem dostali v práva soudců, omezujíce soudní pravomoc rychtáře; zvláště pro Prahu má za to, že přísežní byli zprvu jen slavnostními svědky na způsob genantů a teprve v době Přemysla II. stali se vedle rychtáře městského nálezci práva. Naproti tomu Zycha správnějším výkladem pramenů došel k přesvědčení, že měšťanstvo mělo od počátku našich měst skrze přísežné účast v soudnictví městském a to právo že bylo podstatnou složkou autonomie městské.

[2]) Zycha příliš spoléhaje na zprávy ceny pochybné, mylně se domnívá, že se autonomie městská ve 13. století spíše úžila nežli rozšiřovala.

sílen. Rychtář hájil práv svých i zájmů královských, jež zastával, a měšťané, chtějíce, aby byl s nimi spojen vědomím solidarity a nepřekážel jejich postupu, žádali, aby byl vybírán pouze z usedlých obce jejich města nebo aby aspoň trvale musil v něm přebývati.[3]) Rychtář byl sice vždycky a všude měšťan — v tom se projevoval také kus svobod městských a autonomie městské — avšak jen několik předních a význačnějších měst získalo bez nesnází výhodu, že byl králem vybírán z jejich vlastního měšťanstva, jako Praha, Kutná Hora, Jihlava, Brno, Litoměřice, kdežto ostatní se musila spokojiti, že se jejich rychty dostávaly dlouho podle vůle královy odměnou za služby do rukou měšťanů cizích, nejvíce osob z bohatého patriciátu nejmocnějších měst, a teprv časem dospívala k podobné vymoženosti, jak je povědomo z Plzně, Berouna, Žatce, Písku i odjinud. A tito rychtářové, ať jim byla rychta na čas králem pronajímána nebo dědičně v ní byli dosazováni, (iudex hereditarius, erbrichter) spíše často dbali o své důchody a prospěchy, vymáhajíce je mnohdy od svých zástupců, jimž rychtu se všemi užitky pronajímali, a jestliže se sami dovedli starati o rozvoj práv města, z něhož pocházeli a jehož byli údem, nepřáli, aby úspěch na škodu jejich provázel pokusy o rozšíření samosprávy i v městech jiných. Když mezi městy bylo málo soudržnosti a teprve později, ve 14. století, a dosti zřídka docházelo se k jednotnému postupu v otázkách svobodnější správy a soudnictví městského, a místy nastávaly i překážky, bylo několik měst, která předstihovala vývoj, Praha, Brno, Jihlava,

---

[3]) V druhé listině jihlavské je článek pocházející ze statutů obecních: »Item volumus, ut quicumque iudiciaria frui desiderat dignitate in civitate Iglaviensi, quod sit civis civitatis habens hereditatem, et hoc ideo, ut profectum civitatis eo melius prosequatur et propter unum annum vel duos non conrodat cives et pauperes civitatis« (Tomaschek, Deutsches Recht in Oesterr., str. 298, § 98 a Der Oberhof Iglau, str. 355). Vliv práva jihlavského jeví se i v právní knize pražské z r. 1341 (Rössler, Das Altprager Stadtrecht aus dem XIV. Jhdte str. 115, č. 51) a podobné pravidlo vyslovuje i privilegium krále Václava IV. Domažlickým z r. 1395. V Kouřimi měl dědičný rychtář podle listu markrabí Karla IV. z r. 1343 ustavičně v městě bydliti, a lze snad přijmouti, protože byl při tom brán ve zvláštní ochranu a měšťanům byla zvlášť přikazována poslušnost, že to bylo účinkem žalob se strany obce a rozepří. Také v Brně už r. 1306 Václav III. dovoloval, aby se rychta dostala do rukou pouze domorodci v říši české, jenž musil bydliti v Brně.

Kutná Hora, Litoměřice, a za nimi šla jako za příkladem města ostatní, byť třeba nestejným krokem a se střídavým štěstím i individuálním postupem podle zvláštních podmínek, aby však na konec přece všechna dosáhla určité vyšší míry městských práv.

Již do konce století 13. prošla autonomie královských měst českých některými úpravami, které ji uvolňovaly, a zvláště v Starém městě pražském, v mateřském městě velikého počtu měst, jež mělo do toho času skoro už plných 70 let života, došlo se k některým zásadám, znamenajícím podle všeho pokrok proti stavu počátkův. Tak zvané právo Otakarovské, jež asi tenkrát bylo v Praze sepsáno,[4]) není oficiální pokus o kodifikaci práva a dovolává se nesprávně autority krále Přemysla II., ale třebas jeho původcem byla osoba soukromá, byly v něm zajisté vysloveny ne pouhé návrhy, nýbrž podána i skutečně platná pravidla a řády. Právní tato kniha, která snad chtěla zjednodušiti právní poměry ve městech českých, vychází z práva pražského, zpracovávajíc je užitím saského zrcadla, práva brněnského, jihlavského a snad i babenberského, a je důležitá tím, že třebas rychtáři městskému zaručuje v soudnictví přední místo, snaží se už omeziti jeho postavení. Nejen že rychtář byl podřízován, pokud šlo o jeho soukromý majetek, právu městskému jako každý jiný měšťan a v příčině městských dávek byl odkazován na ochotu obce, promine-li mu je pro jeho práci se soudem, byla stavěna vedle něho v soudě rada dvanácti (der zwelfir rat), sbor kmetů (die schepfen), kteří byli jeho pomocníky (die gerichtes helfen sullen), a scházeti se měli na znamení zvonce, aby byli nejen svědky jednání soudního, nýbrž i nalézali a vypovídali právo za řízení rychtářova. S rychtářem měli na starosti mír městský a dělili se s ním o některé pokuty.

Avšak obec staroměstská učinila v téže době ještě promyšlený pokus, aby radní zřízení městské bylo utvrzeno; r. 1296 obrátila se rovnou na krále Václava II. a žádala podle usnesení přísežných, aby pro porady rady městské ve věcech správních i finančních a o všelikých potřebách měšťanů, pro její ranní schůzky, maniloquia, mohla zaříditi dům úřadní, radnici (domus con-

---

[4]) Zycha v »Prag«, str. 218 násl. posledně obšírněji promluvil o této právní knize a uvedl i literaturu. Vydání je dosud dvojí, Rösslerovo v »Ueber die Bedeutung und Behandlung der Gesch. des Rechts in Oesterr.« (Prag 1847) a Jirečkovo v Codex iuris boh. II. 4. (1898).

silii et manilloquii) a do něho zamýšlela položiti i byt písaře městského, sotva 10 let před tím zřízeného, aby kdykoliv bylo možno použíti jeho služeb a aby mu byly zajištěny pevné důchody. Měšťanstvo se odvolávalo na to, že už od dlouhých let je pro posměch šlechtě i cizím měšťanům, jestliže město nemá domu radního, jako jiná hlavní města, a musí-li se přísežní scházeti v soukromých svých domech, každý týden se střídajíce.[5]) Tehdy, pokud povědomo, stála radnice z měst blízkých hranicím zemí českých v Norimberku, Řezně, v Magdeburku, v Halle, ve Vratislavi, v Budyšíně i ve Vídni,[6]) avšak panovník nevyhověl[7]) v této věci Staroměstským, obávaje se asi přílišného osamostatnění rady městské a vzrůstu sebevědomí městského, jak měl příklady z měst v Německu. Proto dal jen svolení, aby si obec a přísežní volili sami písaře městské, kteří by zapisovali berně, skládali listy měšťanům a v jiných záležitostech obci byli užitečni. I to byl značný úspěch, neboť uznával radu městskou samostatným orgánem úředním, a v osobě písaře městského, jehož služební poměr k obci byl snad brán dříve v pochybnost a jenž byl tak postaven proti písaři soudnímu, rychtářskému, dotud asi většinou zastávajícímu práce písařské pro městské potřeby veřejné i soukromé, dával jí zvlášť cenného pomocníka ve snaze za nová práva. Rada městská měla odtud jistější cestu k znenáhlému potlačování moci rychtáře, třebas že sám byl ve věci nápomocen, i významu soudu městského a k přenášení soudnictví ve vlastní pravomoc, a také o Praze mohlo by se opakovati vystižné slovo, které bylo po-

---

[5]) Čelakovský, Privilegia měst pražských str. 15 č. 7.

[6]) Otázce právního významu radnic v městech středověkých nebylo ještě věnováno dosti pozornosti. Zdá se, že v městech německých prvotně to byly domy cechovní, v nichž mělo několik cechů nebo některý přední z nich prodejní místnosti a kde rada městská nalezla útulek, jak se uplatnila v řízení města; tam se také shromažďovalo měšťanstvo za různých slavných příležitostí i k hodům a veselí (domus civium, burgensium, bürgerhaus, rathaus, pretorium, consistorium, domus mercatoria, kaufhaus). Srov. co o radnicích městských praví povšechně Preuss, Die Entwicklung des deutschen Städtewesens I. (Leipzig 1906) str. 51 a Gengler, Deutsche Stadtrechts-Alterthümer (Erlangen 1882), str. 310 násl.

[7]) Šusta, Dvě knihy českých dějin II., str. 28 neprávem vyslovuje možnost, že už r. 1296 došlo k založení radnice v Starém městě pražském.

vedeno o městech německých, že ji pudilo úsilí, aby se stala státem ve státě.[8])

Nelze tvrditi ani u těch měst českých, jež se přidržela práva pražského, že jim byly uděleny všechny právní řády, které se v Starém městě pražském ujaly, a nutno míti na paměti dosti značné rozdíly měst právních okruhů jiných, zvláště práva severo německého, magdeburského. To k nám bylo zavedeno, jak se zdá, ne dříve, než v době krále Přemysla II., a ač musilo počítati se staršími a ustálenými již poměry, přece jen podrželo značně nedotčený původní svůj charakter, podřizujíc se pouze v některých věcech.[9]) A tak vliv a vzor Prahy tu působil přece — jako zase jindy na pražský stav působily řády právních okresů městských i jednotlivých měst jiných, že se velmi záhy počalo připravovati i znenáhlé vyrovnávání práva městského — a města česká všechna byla spojena všeobecnými zásadami. Především nutno si představiti, že všude vyvstaly proti sobě obě městské instituce, soud městský a rada městská, které byly sice v rukách týchž činitelů, rychtáře i 12 přísežných, což byl dokonalý počet městům královským náležející — ani v městech práva magdeburského nebylo soudnictví, kromě Litoměřic, odděleno od správy, patrně pro akomodování řádů severoněmeckých starším zařízením podle práv jihoněmeckých, když právo magdeburské bylo zpravidla dodatečně vštípeno městům eksistujícím už některý čas dříve podle práva jiného [10]) — avšak nedělily se svorně

[8]) J. Burckhardt, Cultur der Renaissance, str. 60.

[9]) Na to, že právo magdeburské bylo zavedeno na Moravě až v době Přemysla II., hlavně přičiněním biskupa olomouckého Bruna z Schauenburku, poukázal nedávno Josef Teige v čl. »Kdy a kým bylo zavedeno právo magdeb. na Moravě« (Právník 1920); ale to lze, tuším, prokázati i pro Čechy, neboť list krále Václava I. z r. 1237 biskupskému městu Roudnici nelze míti za doklad platnosti práva magdeburského, poněvadž se v něm praví, že se uděluje městu moc soudní »tam in causis criminalibus, quam eciam civilibus secundum Lithomericensis et aliarum nostrarum civitatum consuetudinem, quae iure theutonicali in regno nostro incoluntur«. (Emler, Reg. II. str. 1236 č. 2824.)

[10]) Pouze v Litoměřicích bylo obyčejem, že vedle rychtáře sedělo v soudech šest kmetů, kteří jsou jmenováni vedle 12 členů rady městské (Reg. Boh. IV., str. 357 č. 883 z r. 1341). V Olomouci vedle rychtáře byli 4 konšelé (cives, consules) a 7 přísežných kmetů (scabini, iurati), dohromady 12. Jestliže se v právu brněnském z r. 1243 mluví o 24 iurati civium, kteří měli dávati nařízení ve věcech obchodu a trhu,

o obor autonomie městské, nýbrž stály proti sobě konkurenčně a zaujatě. Rada městská (consilium, stadtrat) byla orgán správy politické, finanční, trhové a řemeslné, jí náleželo vydávati statuta pro tyto záležitosti, jejím právem bylo nařizovati berně a stanoviti jejich výši i voliti berníky. Rada městská zastupovala také obec, opatrovala a používala její pečeti, plnila a vykonávala její příkazy, spravovala její jmění a vydávala o něm počty, měla dozor na jmění záduší, jichž byla obec patronem, a schvalovala počty kostelní, ustanovovala zřízence městské i nižší úřady, volila cechmistry řemeslům a rychtáře i konšely poddaným vesnicím, bděla nad jejich řády, přijímala nové měšťany i obyvatele a propouštěla je a starala se o sirotky, odkazy a skutky milosrdné. Soud městký byl úřad soudní, a před něj příslušely všechny věci civilní, sporné i nesporné, a hrdelní, trestní, pokud nebyly králi k soudu vyhrazeny a podkomořímu královskému přiděleny, a nálezy v něm vynesené stávaly se základem a normou spravedlnosti a práva.

Rychtář dědičný nebo dočasný anebo jeho zástupce zasahal zprvu v obojí ústav, jsa pokládán za představitele města vůbec; ale v jeho postavení v radě městské byl zárodek pohynutí jeho významu, protože si vedle něho postavili přísežní brzy purkmistra (burgermeister, magister civium, consulum, iuratorum), jenž byl brán z jejich středu, vždy na čtyři neděle jiný, aby se všech dvanáct konšelů do roka vystřídalo,[11]) a ten byl předsedou radních jejich schůzek a z nich rychtáře vytlačoval. Nejstarší zprávy

---

jakož i ve všech záležitostech, jež by se cti a prospěchu města týkaly, myslí se tím asi spojená rada stará a nová, jak vystupuje často v našich městech v podobných záležitostech. Pouze Staré a Nové město ve století 14. zjednala si právo míti číslo 18 konšelů v radě. Pro poznání počtu přísežných rozhodující je list krále Přemysla II. rakouskému městu Tulnu z r. 1276, kde se nařizuje, »ut XII. iuratos, sicut in aliis nostris civitatibus est consuetum, ad promovenda utilia et honesta ac eius contraria removenda« habere debeat civitas supradicta (Winter, Urkundl. Beiträge zur Rechtsgesch. der ober- u. niederösterr. Städte, str. 21). K tomu ještě srv. Čelakovský, O středov. radním zřízení v král. městech morav. zvl. ot. z Č. M. M. 1905.

[11]) Domnívá-li se Čelakovský v čl. O středověkém radním zřízení v král. městech morav. (zvl. ot. z Č. M. M. XXIX., 1905, str. 10, pozn. 5), že purkmistr v Brně r. 1402 a 1403 byl po celý rok v úřadě, je to omyl, zaviněný tím, že první purkmistr v roce po obnově rady býval i purkmistrem posledním před další obnovou.

o purkmistru pocházejí pro Cheb z r. 1281, Litoměřice a Znojmo snad mají jej již r. 1298, Most i nesvobodný Nový Bydžov r. 1311, Staré město pražské r. 1318, Plzeň r. 1323 a Ústí nad Labem r. 1324, Kutná Hora r. 1327, Menší město pražské r. 1330, věnné město Mělník r. 1331, Jihlava r. 1336, Nymburk r. 1338, Brno r. 1340 atd. Ovšem prameny nejsou tak sneseny a známy, aby se z pořadu těchto letopočtů mohly činiti závěry, a k tomu přistupuje, že pro vlastní správu měst, hospodářství městské i dozor nad trhy a řemesly ani prameny 14. století nepodávají mnoho určitějších zpráv. Avšak třeba přijímati za znamení velikého obratu, jestliže se král a jeho úřady v listech městům udělených nebo vydaných již před koncem toho věku obracejí pouze k purkmistrům, přísežným a k měšťanstvu a ne už k rychtáři, purkmistru, radě a obci nebo dokonce k rychtáři, konšelům a měšťanům, jak bývalo v dobách starších. Tak spěl všeobecný vývoj autonomie městské, jenž připravoval spolu i některé vnitřní změny: purkmistr nabyl zvláštní samostatné kompetence, maje svěřenu do ochrany pečet městskou a klíče od bran městských, vykonával vůli rady městské a jednání její připravoval i samostatně některé její věci vyřizoval, vedl příjmy i vydání obecní ve svém období, maje k tomu registra, aby při odstoupení mohl počty složiti. Mimo to obce si zřídily domy radní, aby ranní schůzky konšelů nebyly odkázány na ochotu osob soukromých, a učinily z nich místo výsadní podobně jako byl dům rychtářský, rychta (domus iudicis, iudicii, dinghaus, gerichtshaus), a zjednávaly si i vedle vlastního písaře městského (notarius civitatis, scriptor, stadtschreiber), jemuž dávaly úřadní místo v radnici (scriptor pretorii, ratsschreiber), jiné zřízence proti služebníkům rychtářovým. První radnice (domus consilii, pretorium, rathaus) byla zařízena v Praze r. 1338 v Starém městě dovolením krále Jana, který konečně splnil dávné tužby měšťanů, a po ní následovaly domy radní v jiných městech, jak jsou zprávy, na Malé Straně, v Brně, v Novém městě pražském, Žatci, Lounech, Kadani, Mostě. Nikde se to nestalo asi bez souhlasu panovníkova a místy užili k tomu záminky založení domu obchodního, tak jak je poznali v městech německých, a na tuto souvislost ukazují i jména »consistorium, theatrum, mercatorium, domus negociacionum, kaufhaus.[12]) K těm vymoženostem ještě přistoupilo, že obce daly

[12]) Byla-li radnice staroměstská založena r. 1338 (Čelakovský, Privilegia měst pražských str. 55 č. 35), není třeba pochybo-

právo radám městským pro omezení policejní moci rychtáře voliti vždy na rok podrychtářího (subiudex),[13]) a konšelé, kteří vybírali po své obnově každého roku sobě na pomoc starší obecní (seniores communitatis, gemeinelteste) a jim svěřovali některé funkce ve věcech hospodářství i policie městské, snad už ve 14. století ustanovovali čtvrtní dozorce uvnitř hradeb i v předměstích, hejtmany, setníky i desátníky — ti měli význam i pro vojenskou organisaci města a záležitosti bernictví — a v potřebách trhu a řemesel připustili dohled starších cechovních. Jestliže těmi způsoby správa města byla osvobozena od přímých vlivů zeměpanských a přešla, namnoze i po bojích,[14]) úplně do rukou přísež-

---

vati, že si Malá Strana mohla zříditi dům radní nedlouho po té době a Nové město mělo jej nejspíš již od svého počátku. Ve Vodňanech dovolil Karel IV. už r. 1352 zařízení domu kupeckého (domus pro usu rerum vendibilium, que domus kaufhaus vulgariter dicitur) a stejné právo bylo uděleno v týž čas městu Písku. V Žatci se připomíná radnice (kaufhaus, domus negociacionum, domus mercatorum, mercatorium seu pretorium) r. 1362, v Mostě r. 1361 (theatrum sive domus mercatoria), v Brně jsou o radnici (consistorium) zprávy už od r. 1341, v Slaném byla radnice zřízena r. 1378, když král dal obci dům spadlý na něho odúmrtí (pretorium seu domus iudiciaria), v Olomouci obdržela obec privilegium od markrabí Jošta z 8. listopadu 1378, kterým jí bylo povoleno vystavěti dům radní (pretorium) a vedle něho dům kupecký (theatrum, quod vulgariter kaufhaus nuncupatur, in quo ipsis liceat facere staciones, in quibus pannicide, pannifices, pellifices, sutores, cerdones et alia mercatorum genera diebus forensibus res suas vendere et non alibi sint astricti.) Viz níže str. 60.

[13]) Že byl podrychtář volen od rady městské, možno souditi podle nálezů brněnských, kde se praví v § 216 »De eleccione officialium civitatis et iudicis«: »Officiales, qui communitati civitatis et iudicio serviunt, cuiusmodi sunt scriptores, subiudices, budelli, precones et consimiles, solum iurati debent eligere, statuere vel destituere, sicut bono communi viderint expedire. Officiales autem, quibus per se iudex indiget, et quos pane suo pascit, per se eligit, mutat et statuit, quando sue placuerit voluntati.«

[14]) Mezi rychtářem a přísežnými jemnickými vznikl spor o držení truhlice, v níž se opatrovala privilegia městská, a přísežní brněnští i znojemští rozhodli jej r. 1344 ve prospěch konšel, uznavše tak, že jsou jedinými zástupci obce (Codex dipl. Mor. VII. str. 420 a Čelakovský, O středov. radním zřízení v král. městech morav. str. 27.). V Lounech r. 1355 musil Karel IV. zakročiti, neboť tam obec vystoupila proti rychtáři a přísežným a chtěla zvláště pečeť městskou vzíti do své péče; císař nařídil, aby původcové sporu jen mírně byli potrestáni

ných samotných a obce jistě do konce století 14., nebylo tím dosaženo všeho, co měšťanstvo, hlavně přední jeho vrstva, patriciat (cives pociores), který byl nositelem politiky městské, měl na mysli, a těžší věcí byl zápas konšelů s rychtářem v soudě městském, zápas rady městské se soudem.

Rada městská byla instituce samosprávná, třebas i nad ní příslušelo vrchní právo podkomořímu královskému (subcamerarius regis, unterkammerer, u měst věnných podkomoří královnin), ovšem také časem upravovaný a uvolňovaný — Staré a Nové město pražské a Kutná Hora vedle Chebu a Brna osvobodily se od dozoru podkomořského už za století 14. — a byla zodpovědna nejen králi, jemuž byla zavázána přísahou, nýbrž i korporaci městské. Naproti tomu soud bylo zařízení zeměpanské, neboť král vložil svou soudní moc v ruce rychtáři, zajistiv mu ji pevnou smlouvou, v které si ještě vrchní moc soudní vymiňoval a po případě některé winy vyhrazoval. Rychtář však sotva kdy konal soudní pravomoc sám, i v podřadných záležitostech policejních a při běžných úkonech právních i soudních musil míti u sebe přísedící z konšelů, aspoň dva, a šlo-li o vážné věci civilní, sporné i nesporné a kriminální, zasedalo s ním na soud všech 12 konšelů (v Litoměřicích 6 kmetů) nebo většina z nich. Soud (iudicium, gericht) byl vždy konán v rychtě, v úředním domě rychtářově, kde měl příbytek a požíval zvláštní ochrany — s rychtou byly spojeny pozemky a všeliké důchody a s tím statkem směl rychtář činiti opatření pouze se svolením královským — a přísežní nebo kmeté zaujímali místa ve čtyřech lavicích soudních (inter quatuor scampna iudicii, inter quatuor sedilia vel banca iudiciaria, in den vier penken). Jen místy, snad kde byly rychty domy skrovnější nebo kde se měšťané snažili uvolniti od rychtáře, bývaly soudy konány v kostelích, a Čáslavští dostali privilegium z r. 1359, kde se ta zvyklost uznává, stejně jako jsou z Prahy zprávy ze století 13. a počátku 14. o scházení obcí v kostelích sv. Mikuláše v Starém městě i na Malé Straně.[15]) Zasedání soudu bylo veřejné a měl k němu přístup každý z měšťanstva. Rychtář byl

---

věc odložena na soud podkomořího do jeho příjezdu v město (Čelakovský, Privilegia král. měst venkov. I., str. 522 č. 356).

[15]) Čelakovský, Privilegia král. měst venkov. I., str. 559 č. 385. Čelakovský, O vývoji středověkého zřízení radního v městech pražských ve Sborníku příspěvků k děj. města Prahy I. 2. str. 130 a 171.

předseda soudu a vykonavatel jeho nálezů a ze soudu přijímal důchody; byly to poplatky, jež náležely rychtáři, přísežným a zřízencům soudním, biřici i písaři, nebo pokuty z vin, které byly děleny na tři díly zpravidla, pro krále do jeho komory, pro rychtáře a pro přísežné, nevyřizovaly-li se viny královské, z nichž pokuty ze dvou dílů připadaly komoře královské. Ovšem i tyto důchody, pokud šlo o díl královský, stávaly se předmětem disposic královských, a panovník se jich vzdával na menší nebo delší čas ve prospěch obcí městských, po případě na určité potřeby, zvláště na opravu zdí a příkopů.[16])

Soudní pravomoc městská byla velmi rozsáhlá. V ohledu osobním podléhalo jí všechno měšťanstvo (cives, cives sessionati, burger) i obyvatelstvo města (inquilini) i předměstí a lid poddaný z vesnic šosovních nebo ve vikpildu městskou náležejících, pokud v menších věcech nepodléhal soudu rychtáře i přísežných vesnických; a také šlechta, která měla městský majetek nemovitý ve městech, řídila se ve věcech jeho právem městským, a jemu podléhali i židé usedlí,[17]) kteří ve věcech práva manželského a v některých jiných záležitostech byli spravováni staršími židovskými. Místně šla jurisdikce městská po všem obvodu města uvnitř hradeb i mimo ně v předměstích, ač mohly v něm býti nemovitosti duchovní i šlechtické vyňaté z práva městského, ale vztahovala se i na blízké vsi právem s městem spojené a v 2. polovině 14. století byla zvětšována privilegiemi na popravu v kraji. Věcně příslušely k soudu městskému všechny právní případy i viny, pokud nešlo o záležitosti vyhrazené soudu podkomořskému v nichž bylo směrodatné privilegium z r. 1337, všem královským městům českým znějící, ale také privilegia pro jednotlivá města vydaná.[18])

Na všechnu agendu, jež tak náležela k soudu městskému nebylo jediného způsobu souzení. Vedle denního soudu rychtá

[16]) Doklady v Čelakovského, Privilegia král. měst venkovských I.

[17]) V Žatci měl rychtář privilegium král. z r. 1350, že mu nalež židy souditi, a podobně bylo i v Chebu a Plzni (Čelakovský, Privilegia král. měst venkov. I., str. 438 č. 297, str. 72, č. 557).

[18]) O vinách královských viz zvl. Čelakovský, O soudní pravomocnosti panovníka v Právníku XVIII. 1879 str. 217 nsl. a doklad v téhož Sbírce pramenů práva městského I. II.

rova, který zasedal pravidelně asi v některé dny týdenní nebo denně zejména v čas trhů, měl za přísedící aspoň dva přísežné a soudil drobnější a všední záležitosti nejspíš pod 10 kop, přestupky policejní a věci týkající se řemesel i trhů, největší díl právních pořízení a jednání soustřeďoval se v soudech zahájených (iudicium bannitum, contestatum, magnum, vigorosum; gehegtes ding). Protože však právě tyto soudy přes časté zprvu zasedání a přes to, že místy trvaly i několik dní, byly přetíženy v činnosti v městech lidnatějších, pořádaly se vedle nich do určité doby soudy vedlejší, posudky, subiudicia, iudicia peremptoria, nachricht, v Lounech caude iudicii, které zprvu vyřizovaly věci, na něž nebylo už pokdy v soudech hlavních, nebo jež strany zameškaly, avšak časem nabyly významu samostatných soudů vedle soudů větších. Posléze v případech potřeby bývaly rychtářem a přísežnými zahajovány i soudy zvláštní, mimořádné, »z potřeby nuzné, která by se odložiti nemohla«, k rozsouzení zločinu těžšího nebo sporného případu závažnějšího, a bývaly i soudy náhlé, zejména byl-li spáchán delikt hrdelní a viník byl postižen při horkém účinku nebo bylo nebezpečenství z prodlení. Od soudů zahájených šla pak odvolání k městům mateřským, zprvu i za hranice, pak po zákazu jenom zvláště do Prahy, Litoměřic, Jihlavy, Brna, Olomouce, nebo k soudu podkomořskému, který býval konán v čas obnovy rady městské nebo i mimořádně v čas potřeby a soudil viny královské — předsedal mu podkomoří s hofrychtéřem nebo hofrychtéř sám jako jeho zástupce, majíce při sobě písaře podkomořského a písaře komory královské — anebo strany mohly zdvihnouti apelaci rovnou ku králi jako nejvyššímu soudci.[19])

---

[19]) Vedle povšechných ustanovení »de incolis Bohemiae ad iudicia extranea non evocandis« bylo odvolání od soudů městských k soudům vyšším upravováno ještě zvláštními privilegiemi. Konečná přítrž odvolávání za hranice byla asi v Čechách učiněna listem krále Václava IV. z r. 1387, kterým nad soud městský zasedající u přítomnosti podkomořího nebo hofrychtéře jako instance odvolací byla stavěna stolice staroměstská pro okruh práva norimberského a stolice litoměřická pro oblast práva magdeburského. Při tom apelace ku králi byla prohlášena vůbec každému za svobodnou. (Čelakovský, Privilegia král. měst venkov. I., str. 788 č. 618.). Ovšem tímto privilegiem se podle všeho pouze utvrzovaly staré zvyklosti, neboť odvolací právo Starého města bylo potvrzeno na př. už v privilegiu z r. 1347 při založení Nového města praž-

Pokud jde o samo pořádání soudů zahájených, střídalá se označení »iudicium stabilitum est, impositum et bannitum est«, také »celebratum, protestatum et contestatum est«. Vystihuje se těmi termíny význam i obřadnost konání soudního, zvláště jeho zahajování, jež se dálo v určitých formách[20]), připomínajících starodávné zvyklosti soudů německých, a jimi se utvrzovala závažnost rozhodnutí a nálezů soudních; soud bylo místo »ubi acta et robur et vigorem habere dinoscuntur, da alle dink kraft und macht haben«. Všechny soudy zahájené otevíral a řídil rychtář nebo jeho zástupce, avšak během století 14. vešlo v obyčej, že vedle něho v zápisech soudních je jmenován i purkmistr v čele přísežných, kteří byli přísedícími soudu. Pomocníky rychtáře a rady městské na soudě byli biřic nebo posel (preco, nuncius, butel), jenž strany poháněl, volal k jednání, provolával jejich záležitosti a nálezy i usnesení soudu,[21]) a písař městský, jenž vedl záznamy o jednání soudním, výpovědech svědků, nahradiv vývojem věcí ve věku 14. úplně písaře rychtářského, jehož působnost byla omezena pouze na denní soud rychtářský.[22])

Podle řádů staroněmeckých[23]) soud byl zahajován původně

---

ského, Litoměřicům se dostalo vrchního práva soudního nad městy práva magdeb. r. 1325, Jihlavě v jejím okruhu právním r. 1345, Brnu pro řadu míst r. 1350 a Olomouci pro dosti velké území r. 1352. — Podkomořský soud býval zahajován, dal-li král k tomu rozkaz, svěřiv mu věc svého soudu, nebo když strany za to požádaly, anebo žaloba se týkala rychtáře i přísežných samotných. (Tomaschek, Der Oberhof Iglau, str. 58, č. 10). Ale podávání žalob rovnou k podkomořímu s obcházením soudu městského bylo zakazováno pod ztracením pře, jak vysvítá z privilegia městům věnným z r. 1307 (Čelakovský, Privilegia král. měst venkov. I. str. 148 č. 83.).

[20]) Viz níže pozn. 24.

[21]) Zprávy o postavení biřice viz u Rösslera, Das Altprager Stadtrecht str. LI., statutár. právo čl. 74 a právní kniha čl. 17, 52, 56, 59; Prokopa písaře Praxis cancellariae str. 32—35, 43, 60, 115; Tomaschek, Deutsches Recht in Oesterr. č. 6, 37, 40, 48 a týž, Der Oberhof Iglau str. 362 a 103.

[22]) Písař rychtářův byl jeho vlastní služebník, kdežto písař městský byl úředník veřejný, přísahou obci zavázaný, který také pro učenost právnickou zjednal si vážnost ve městě a titul »oculus civitatis«. Písaři městští byli podpůrci a prostředníci pokroku právního. Viz Tomaschek, Der Oberhof Iglau, str. 361.

[23]) Srv. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter I. (1879), str. 126 násl.

o polednách a končil za slunce západu — naproti tomu schůze rady městské bývaly dopoledne a byly proto zvány ranními schůzkami, maniloquia, morgensprache — ale časem byla hodina zahájení posunována více k ránu a konec byl v poledne, jak poznáváme z Brna. Jen v okruhu práva magdeburského, které bylo konservativnější a spíše zachovávalo staré obyčeje, poledne zůstávalo dále obvyklou dobou otevírání soudů zahájených, jak patrno z Litoměřic nebo z Loun, ač i tam došlo časem ke změně. Za to se zdá, že všude bylo opuštěno starodávné pravidlo zachovávání t. zv. dnů zavitých, jež se připojovaly ke třem hlavním svátkům v roce, a tím bylo pomíjeno nařízení: »binnen gebundenen dagen ne mut man nicht dingen«; ale za to stále platil zákaz konati soudy v neděli a v zasvěcené svátky. Jinak den soudu býval různý, v Litoměřicích úterý, v Plzni pondělí, v Lounech pátek, v Novém městě pražském středa, na Malé Straně čtvrtek; v Starém městě pražském nevázal se soud trvale k určitému dni týdennímu, nýbrž konal se v kterýkoliv den podle příhodnosti. Pokud jde o počet soudů zahájených v roce, neshodoval se ve všech městech a teprve časem se ustaloval. V městech práva pražského celkem bylo obyčejem, aby byly konány čtyři hlavní soudy do roka a po každém z nich jeden nebo dva posudky, a každý soud bylo třeba předem veřejně vyhlásiti, a to dvě neděle před daným termínem, a tím dána mezera mezi soudy a posudky. V okruhu práva brněnského byly dva soudy výroční s pevným datem, ale vedle toho byly ustanovovány soudní dny, jak bylo potřebí. V městech práva magdeburského býval ročně velký počet soudů zahájených, ve 14. století a ještě počátkem 15. století na př. v Lounech až přes 20; ale v Menším městě pražském, ač se řídilo také tímto právem, počet soudů zahájených byl menší, patrně podle vzoru jiných měst pražských, — možno je sledovati ovšem až po r. 1400 — a byl stlačován tím, že bylo konáno »iudicium unum pro duobus«.[24])

---

[24]) O době a počtu soudů zahájených v roce viz Čelakovský, O soudní pravomocnosti panovníka a jeho úředníků v Právníku 1879 str. 656 pozn. 75, k čemuž možno podotknouti, že v některých městech práva magdeburského soudy hlavní byly konány tři dny po sobě. Že soud byl zahajován v okruhu práva magdeburského o polednách, je doklad z Loun, kde se v soudní knize r. 1382 praví, že soud podkomořský duravit et viguit ipso die ab hora meridiei usque ad noctem (I. C. 2

V soudech zahájených bylo mnoho formalismu a při občasném a leckdy nepravidelném zasedání vznikaly mnohé obtíže. Proto hned v nejstarších právech městských, v jihlavských a podle nich i v německobrodských, bylo pamatováno na možnost, aby složitější záležitosti soudní byly odkládány do ranních schůzek přísežných nebo aby konšelé mohli koho žalovati ve svých poradách. A není proto s podivením, jestliže rada městská jsouc samostatným orgánem správy městské a majíc vědomí své autonomní povahy brzy zahájila snažení, aby tato opatření nabyla ustálení a plného oprávnění, aby aspoň některé právní záležitosti byly vyňaty z výhradní pravomoci soudu městského a dostaly

v archivu města Loun fol. 29.). Naproti tomu v nálezech brněnských v čl. 1. píše se o omeškání soudu: »actori et reo racione cuiusdam debiti peremptorie assignato termino, reus coram actuato eodem termino comparens iudicio suam publicans presenciam et actoris instanter accusans absenciam, postquam iudex et iurati hora meridiei terminato iudicio surrexissent, petivit sibi sentencialiter dictari« (Rössler. Die Stadtrechte von Brünn str. 3, 4.). Ale později i v městech práva magdeburského podle všeho změnila se denní doba soudu, a tomu nasvědčuje naučení magdeburských kmetů nadepsané: »Soud hájiti kterak majie vedle práva« (rkps. knih. musea zem. sign. II. F. 1. fol. 248): Na to právo pravíme my kmeté v Majdburce: Když přide den soudný, tehdá má rychtář s kmety v jitřním čase posaditi se na lavicách a má se jednoho kmeta otázati, jestli čas súditi. Tehdá má kmet ortelem naléznúti, že jest čas súditi. Tehdá táže se rychtář dále kmeta, muož-li on soud zahájiti, tehdá nalezne kmet, že on to muož dobře učiniti, poněvadž jest rychtářem. A opět dále táže se, co on má zapověděti řeči, tak jakož mi jest od práva nalezeno, tehdy: Já hájím tento soud a zodpovídám z práva, což mám zapověděti, a připovídám, aby každý člověk z práva svého dobýval se ctie a s káznie vedle slušnosti, vedle toho práva. Tak jest soud hájený a pak rychtářuov posel má to lidem oznámiti, že rychtář s svými kmety svuoj soud jest zahájil, takže každý člověk svého práva dobývati muož se ctie a s káznie vedle pravého práva. — O dnech zavázaných je pravidlo v témže rukopise (fol. 244.): V zavázaných dnech bezprávie kterak má súzeno býti. Dále tázali ste nás o právo, jakož sme vám to prve psali, že v zavázaných dnech nemá soud hájen býti o bezprávie, kteréž se jest stalo ve dnech otevřených; pakli by kto učinil bezprávie v zavázaných dnech, toho neobraňují dnové zavázanie, jestliže ti v horkém účinku popadeni budú, kterak to v těch dnech zavázaných má súzeno býti. Na to právo pravime my kmeté v Majdburce, jestliže míru rušitel v zavázaných dnech o bezprávie bude popaden v horkém účinku, tomu mohú tři žaloby ve třech soudich položiti a ku pravému soudu hájenému folkovati podle pravého práva.

se ji k rozhodování. Od odkládání žalob a sporných případů, které měly býti ukončeny smlouvami přátelskými nebo výpovědmi ubrmanskými, narovnáními a podob., přešlo se k tomu, že podobné záležitosti byly radou městskou přímo přijímány a na soudě zahájeném ohlašovány jen účinky jejich rozhodnutí. Rada městská měla dobrý pomocný prostředek v pečeti městské (sigillum civitatis, stadtsiegel), neboť konšelé byli jejími opatrovníky a chovali ji pod obzvláštní ochranou v truhle obecní a mohli ji otvírati nejen v čas soudu, nýbrž i ve svých schůzkách každodenních v přítomnosti většiny z nich.[25]) Poněvadž pak na soudě nebylo ani vždy pokdy, aby listiny soudní na přání stran byly potvrzovány pečetí městskou, ponecháváno bylo sigilování listů soukromých rovnou do rady městské, která mohla i jmenovati několik zástupců svých k těm úkonům.[26]) Rychtář sice odedávna vystavoval listy soudní pod pečetí svou a kmetů, avšak pečet městská, pečet obce městské, požívala větší úcty a měšťané nešetřili v důležitějších právních pořízeních a raději platili vyšší poplatky, aby měli svědectví platnější a cennější. Také projednání věcí sirotčích ujímala se rada městská jako vrchní poručnice

---

[25]) O pečeti městské mluví už nejstarší právní listina jihlavská v čl. 5 a není třeba pochybovati, že města naše zaváděla si pečeti po případě se svolením královským hned při svém založení podle příkladu měst cizích. Pečeť městská znamenala ustálení obce měšťanské v právnickou osobu a byla viditelným znamením jejích práv soukromých i veřejných. Pečeti městské jsou známy v Brně r. 1247, v Jihlavě 1268. v Brodě Německém 1269, v Mostu 1273, v Litoměřicích 1282, v Žatci 1295, v Chebu 1297, v Plzni 1307, zmínky o pečetech ještě ze 13. stol. jsou v Čáslavi a Kolíně a v Starém městě Pražském (1264).

[26]) Dokladem, jak rada městská v Praze plnila úkoly úřadu pověřovacího, mohou býti zápisy v nejstarší knize staroměstské od r. 1310. Jsou z let 1331 až 1339 a je jich několik skupin podle let i dat v roce a mají v čele stručné úvody, na př.: »Anno domini millesimo trecentesimo tricesimo primo sabbato in die sci, Othmari sigillate sunt hec litere per Nicolaum Rokczaner, Henricum Glas, Nicolaum in turri et Henslinum Mathie in domo ipsius Henslini.« Ze zápisů možno se dohadovati, že jde o listiny o věcech, kteréž byly třebas na soudě předsevzaty, ale sigilování samo bylo konáno ne v rychtě, která byla místem soudu, a za přítomnosti rychtáře, nýbrž v soukromém domu měšťanském, kde právě byly svolávány ranní schůzky. Ovšem konšelé nechtějíce se a nemohouce sami všichni zaneprazdňovati účastí při pečetění listů, pověřili některé osoby ze svého středu, obyčejně čtyři, které byly svědky přivěšení pečeti městské na listy a dohlédaly, aby pečeti nebylo zneužito.

sirotků, a k radě městské počali se znenáhla měšťané sami obráceti se záležitostmi nespornými, aby byly rychleji vyřízeny, jako bylo tvrzení kšaftů, ohlašování závazků, zapisování dluhů, přípovědí, žádosti za zvody a zmocnění atd. Rada městská měla tu výhodu, že na ní odpadaly všeliké formality, řízení soudní před ní bylo jednodušší a že zasedala v plnosti, ne-li každého dne, tedy v několik pravidelných dnů týdenních. Ale to neznamená, že by právní případy ohlášené a předsevzaté v radě městské byly hned výpovědí nebo nálezem jejím rozhodnuty; zůstávalo stále potřebí, aby právní záležitosti takové byly aspoň dodatečně, zejména pokud šlo o práva k nemovitostem, provolávány ještě v soudě městském, a teprve tehdy vešly v moc práva. Ovšem také bylo to důležito, že v soudu zahájeném provolání o právních pořízeních ve věcech majetkových musilo se státi několikráte, při trzích a vzdáních pozemků a úroků čtyřikráte, aniž však zvlášť bylo utvrzováno, že právní skutek má platnost, když se do roka a dne od prvního provolání nezdvihl odpor. Proto strany chtějíce míti nepochybné zabezpečení práv, obracely se na radu městskou a v ní ohlašovaly znovu dodatečně své náležitosti, v soudu zahájeném provolané a jeho zvyklostmi osvědčené. Ale ta subsidiární a doplňující činnost rady městské nejen časem vzrůstala, že jí byly předkládány téměř všechny právní potřeby měšťanů i některé důležitější záležitosti obyvatelů, nýbrž některé věci znenáhla sama pravoplatně rozřešovala. A ke konšelům v radě šla také odvolání od soudů vesnických a u ní v přednějších městech hledali naučení právní přísežní měst právně s nimi příbuzných. Tím kompetence soudů zahájených byla zúžována a postavení rady městské jako instituce soudní stalo se pro ně povážlivé, zvláště když rada městská projednávala všechny věci soudní[27]) také jen v plném

---

[27]) Pro poměry pražské snesl některé zprávy od r. 1345 Čelakovský v Soupisu rukopisů chovaných v archivu města Prahy I. (v Praze 1907 str. 6 a 7) a poukázal zvláště na důležitý nález kmetů staroměstských na soudě zahájeném 25. června 1355, aby se vzdání zboží nemovitých a věčných úroků na nich pojištěných dálo toliko na soudě zahájeném a aby listy na to vydané byly opatřeny pečetí rychtáře a kmetů, mají-li míti platnost. Je to svědectví, jak rychle rada městská rozmnožovala svou soudní moc na úkor rychtáře a soudu a jak se projevovala i obrana starých řádů v době, kdy se stal pokus o zřízení kmecí stolice v Praze r. 1353—1360. Ale Čelakovský se mýlil, myslil-li, že te-

počtu konšelů (consilium plenum, vigorosum, der gancze, volle stadtrat), dávajíc pouze běžnější a přípravné věci vyřizovati purkmistru, někdy za účasti menšího počtu přísežných, obyčejně dvou, a dovedla si opatřiti podobná zajištění svých výroků a nálezů jako měl soud v knihách soudních, které do našich zemí byly zavedeny právem magdeburským a rychle se rozšířily a rozkvetly po všech městech českých i moravských. Počátky radních knih,

---

prve od polovice 14. století počal se činiti rozdíl mezi právním jednáním před radou a před soudem, neboť již ve starších statutech staroměstských se připouští, aby se táž právní záležitost vyřídila buď »vor dem gericht« nebo »in der morgensprach in dem rate«, »in den vierpenchen« nebo in dem rat«, »in iudicio« nebo »in consilio«, a mimo to se činí ustanovení pro řízení v soudě i v radě (viz Rössler, Das Altprager Stadtrecht str. 20 č. 42 z r. 1335, str. 40 č. 71[1], str. 50 č. 77 z r. 1354). Také v právní knize staroměstské (tamtéž str. 116 č. 54) je vloženo ustanovení o odkázání nálezu do ranní schůzky a zákaz projevování přízně konšela některé straně »vor gericht noch in dem rat« (str. 123 č. 81). V právu jihlavském již původní právo městské pamatuje na to, kdyby rychtář nechtěl souditi s přísežnými v ranní schůzce, když by koho obžalovali: Si iurati in matutino colloquio aliquem accusaverint, et si iudex cum ipsis iudicare noluerit, iurati innocentes erunt, et iudex in culpa remanebit (Tomaschek, Deutsches Recht in Oesterr. str. 219 čl. 15.). Jestliže se tedy již od nejstarší doby dává v Jihlavě jistá soudní kompetence ranním schůzkám nebo radě městské — zachované knihy jihlavské svědčí, že se brzy před radou městskou vyřizovaly i soukromoprávní záležitosti měšťanů — je pochopitelno, že se zmínky o tom projevují i v sentencích jihlavských ze století 14., také pokud jde o jiná města používající práva jihlavského, zvláště o Čáslav, (Tomaschek, Der Oberhof Iglau č. 36, 193, 263, 265, 290, 292, 307, 308); tu se také zdůrazňuje význam ranní schůzky nebo rady městské: »maniloquium, ubi quevis res gesta suum robur tenet et obtinet firmiter« nebo »rat, da alle dinge und sachen kraft nehmen und behalten«. V recensi práva jihlavského z 2. pol. 14. stol. výslovně se ještě mluví o právu přísežných odkládati nálezy do ranních schůzek (tamtéž str. 358). Také v Brně kniha od r. 1343 jeví zřetelný přechod od knih soudních ke knihám radním, neboť nálezem konšelů bylo nařízeno projednávati nejprve dluhy a pak jiné právní případy před radou městskou a zapisovati do knih radních (Smital, Das Institut der Stadtbücher in Mähren v Ztschr. Ver. Gesch. Mähr. u. Schles. 1911 str. 290). Bylo by možno ještě rozhojniti tyto doklady, které dotvrzují, že rada městská požívajíc jisté pravomoci soudní od 13. století znenáhla ji utvrzovala a rozšiřovala, ale dostačí, jestliže se upozorní, že v Žatci už r. 1348 byl ohlašován trh in pleno consilio vigoroso, v Budějovicích Českých v r. 1360 zapsán byl plat na domě

na jejichž založení u nás měly vliv zase vzory měst severoněmeckých, sahají, pokud už známo, dosti daleko zpět, nejméně k r. 1340, v Kolíně nad Labem, v Brně, Jihlavě i v Praze.[28]) V soudu ostatně přísežní zasedali jako sbor s purkmistrem jistě od poloviny 14. století, čímž byl purkmistr i tam stavěn vedle rychtáře a nutil jej i k ústupkům vážností požívanou ve městě, a stranám se tak mohlo zdáti víc a více nerozhodujícím, předstoupily-li před ten či onen tribunál. Závažnou osobou při vyrovnávání rozdílů byl i písař městský; byv radou městskou volen jako úředník obce, byl uveden i na soud zahájený a zastiňoval písaře rychtářského, jenž byl soukromým zřízencem rychtáře samého a ze soudu zahájeného byl dávno odstraněn.

Na tento vývoj, v němž hrála úlohu touha města po větší samostatnosti i po rozmnožení důchodů, měly vliv právní řády měst německých, projevující se v právních knihách do zemí našich zanášených i v živém příkladu skutečných poměrů. Je pak pochopitelno, že nálezy, statuty i právní poučení hlavních našich měst a právní knihy původní, jež v nich ve století 14. byly sepsány, sdělováním od města k městu rozšiřovaly podněty k dalekosáhlým změnám vnitřního ústrojí městského. Tak působily statuty přísežných pražských jako nálezy brněnské i jejich zpracování nebo naučení jihlavská a litoměřická, třebas v Litoměřicích poměry byly strnulejší a soudní pravomoc rady jen z části vzrostla, vyzdvihujíce moc přísežných nad rychtáře v radě i v soudě městském a upevňujíce význam jejich zařízení ve věcech práva soukromého i trestního i řízení soudního. Stupněm

---

in pleno et vigoroso consilio, ubi gesta quevis plenum robur sorciuntur«. Poučný je ještě zápis soudní knihy města Stříbra z r. 1362, který ukazuje, že rada městská měla už v ten čas právo rozhodovati převody nemovitostí, ač vedle toho bylo nutno ohlašovati je v soudu: »Primo Jan de Scheicz constitutus coram pleno seu generali consilio libere resignavit Nycolao iudici Myzensi . . . unum laneum . . . Preterea idem Jan resignacionem prescriptam in consilio generali prius factam coram iudicio contestato... ratam habuit ipsam confirmando.« (Soudní kn. stříbská v arch. m. Plzně č. 173 fol. 1.). V Litoměřicích dál se vývoj pomaleji a tam rada městská nabyla vymezené kompetence soudní.

[28]) Viz Vojtíšek, O nejstarších knihách města Kolína nad Labem v Č. M. M. 1915 a Čelakovský, Soupis rukopisů archivu města Prahy.

v pokroku autonomie městské bylo také zpracování práva norimberského[29]) jako doplněk švábského zrcadla složené v Starém městě před r. 1337, pak právní kniha sestavená pravděpodobně r. 1341 z rozkazu krále Jana k zavedení spořádanějších poměrů právních v Praze[30]) i zvláště řád radní (statuta consilii) nebo práva konšelská,[31]) jež byla německy sepsána v Praze kolem r. 1380, za nedlouho potom do češtiny přeložena a ještě novými články rozhojněna. První dvě pomůcky mají ráz prací soukromých — ani druhá nenabyla moci zákona — pouze poslední je povahy oficiální, ale opírajíce se vesměs o platné právo, mají závažnost v těch oddílech, kde se dotýkají pravomoci rady městské

---

[29]) Zmínku o této právní knize má Čelakovský, O vývoji středověkého zřízení radního v městech pražských ve Sborníku příspěvků k děj. města Prahy. I. 2 str. 136 a klade ji před r. 1337 hlavně pro ustanovení o právech podkomořího. Tato »iura Norimbergensia« jsou zachována na př. v právním rukopisu města Klatov z r. 1465, jehož písařem je Brikcí z Kaplic (uložen je v museu m. Klatov), a skutečně mají články, podle nichž možno usuzovati na dosti starý jejich původ ze Starého města praž. V této právní knize »iudicium« a »quatuor scampna iudiciaria« jsou hlavním místem ke konání spravedlnosti, ale přec z těch článků týkajících se práva trestního i soukromého a policie městské, zvláště nad řemesly, vyniká zvláštní postavení purkmistra a rady; purkmistr vedle rychtáře může žalovati o hlavu, jestliže by nebylo oprávněných příbuzných zabitého a stará se i o věci obecní (kap. XVI. a XXXI.), a pro radu městskou jsou zvláště důležitá dvě ustanovení v čl. XIX. a XL.: První z nich zní: »It. omnis hereditas in forma obligacionis non debet obligari nisi inter quatuor scampna iudiciaria coram iudice ac iuratis; si obligacio sit alibi, non habet vim«, a druhá se týká významu slibu učiněného v radě: »It. si iurati unius civitatis in maniloquio fuerint, et si ibidem aliquis promiserit coram iuratis in consilio, ille eciam ad aliam civitatem potest vinci littera civitatis.« Kap. XLIV. má řád přísežných a z něho k radě se vztahuje nařízení o zachovávání tajnosti rady.

[30]) Vydal Rössler, Das Altprager Stadtrecht str. 101 nsl. pod názvem »Das Rechtsbuch«. Pro význam purkmistra v městě důležitý je čl. 163 (str. 149): »waz der purgermeister schaffet zu der stat ere und frume mit willekor der meisten menge, das mag di mynner nicht wider reden«.

[31]) Původní německé znění statutu vydáno u Rösslera, Das Altprager Stadtrecht str. 88 č. 130; český překlad je pojat zejména do právního rukopisu staroměst. (rkp. arch. m. Prahy č. 1864) s poč. 15. stol. a do pamětní knihy staroměst. od r. 1366 (tamže rkp. č. 993), kde k 18 článkům starším je připojeno 14 nových s poč. 15. stol.

ské a posilují postavení purkmistra i přísežných nebo knih radních. Zejména práva konšelská dávala pevný jednací řád radě městské, jenž nasvědčuje, že rychtář v ní už pozbyl všeho působení a že jen purkmistru přináleželo její řízení se všemi důsledky. Avšak články jejich určují i povinnost radní v konání spravedlnosti[32]) a nejvýznamnější z nich je to ustanovení, že »všěchny pře, kteréž k radě příslušie, nikdež jinde konšělé o to se sjíti nemají, ni v žádném domě, nežli na rathúze, a ty tu vynésti ortele a jiné věci, kteréž sě také obcě dotýčí, zjednávati«. Rada městská je tu představena jako nepochybný orgán soudní nepodléhající vlivu rychtářovu, a kamkoliv to pravidlo bylo zaneseno, zasáhlo jistě účinně v právní záležitosti městské; kde se nestalo dříve, tedy působením práv konšelských a současného vývoje jiných měst hlavních došlo k zakládání domů radních, v Olomouci podle privilegia markrabí Jošta r. 1378, v Chomutově r. 1397, v Mělníku, v Plzni, v Hradci Králové, a působení bylo tak silné, že i poddanská města vystavěla si domy radní, Litomyšl r. 1418 a také nejpozději v ten čas i ve Vysokém Mýtě. Zároveň byla vydána ustanovení podlamující rozhodně postavení rychtáře i zahájených soudů.[33]) V některých městech

[32]) Soudní pravomoc rady městské ukazuje čl. X.: »Také nemá nižádný konšel v žádném súdě nebo v přěch v radě zevně za přietele svého státi, jestliže by pak to učinil, tehdá mají jemu z súdu těch pří ven kázati vystúpiti«; čl. XIII. »Také ti všichni konšelé, kteří na radě a na právě sedie, mají snažně a pilně znamenati, co jeden žaluje a co druhý nad tu žalobu otpovie, proto, aby oni potom tu žalobu nebo odpověď neproměnili . . .«; čl. XIV. »Také a ktožkolivěk najprvé na rathous přide, toho mají najprvé odbýti a vyjednati, to vynímajíc, jestliže by byly vdovy, sirotci, hosté, kněžie, mniši, jeptišky neboli městské potřeby pilné, ty mají nepřěd zpósobeny a zjednány býti; a také když sě přihodí, že sě konšelé v kterú při uviezí, tu mají dokonati a sě v jinú nevázati, leč by byla velmi potřěbná a pilná.«

[33]) Obec Nového města pražského usnesla se r. 1401: »quod deinceps ipse et futuri sui iudices et scriptores et servitores nichil pro se et ex propria industria facere debent, nisi quantum per magistrum civium et plenum consilium ipsis fuerit mandatum«. K tomu r. 1403 bylo obcí nařízeno, že rychtář má se míti s úctou k purkmistru, že nemá vůbec předsedati v radě, a jakmile své věci v radě vyřídí, že má odejíti a vstoupiti, jen když by byl volán. (Liber sentenc. aureus, rkp. arch. m. Prahy č. 2075 fol. G 3′ a B 5′). Na Starém městě pražském učinila obec r. 1404 snesení, kterým obnovovala starší již ustanovení právní knihy z r. 1341, že rychtář i na obyčejném denním soudě

přenesen byl soud do domu radního z rychty, čím byla vyjádřena podřízenost jeho radě městské, jak byla asi už dávno dříve učinila města pražská a jak r. 1397 zařídily samy konservativní Litoměřice, »quod peramplius ius bannitum in pretorio haberi et teneri debet«. Jinde byl rychtáři vyměřen stálý roční plat a důchody soudu byly potaženy k obci, a jinde v Německém Brodě, jak nasvědčuje kniha sentencí městských z r. 1415, otevřeně bylo rychtáři přísežnými pověděno, že »iusticia in eorum consistit auctoritate et non iudicis, qui solum debet esse minister iusticie exequende«. A v ten čas mocně musila působiti věta švábského zrcadla,[34]) jež se ve 14. století už v městech našich rozšířilo a snad už koncem toho věku do češtiny bylo překládáno, že »jegelich weltlich gerihte hebet sich von kur, daz ist also gesprochen, das dehein herre sol den luten keinen rihter geben, wan den si wellent« — že totiž »každé světské rychtářství vychází z volby a že páni nemají dávati lidem jiných rychtářů, než které oni sami chtějí«.

---

rychtářském smí souditi jen za přítomnosti dvou přísežných, s nimiž měl konati i noční pochůzky městem, a omezovala ještě víc pravomoc rychtáře; rychtáři byl odtud vyměřen stálý a pevný roční plat od obce 10 kop a musil se vzdáti, nemaje co v radě pohledávati, všeho dílu na pokutách, jež by rada městská uložila (Rössler, Das Altprager Stadtrecht str. 107 č. 20, str. 108 č. 22 a str. 95 č. 141). Že se v Praze takto postupovalo proti rychtáři, je pochopitelno, jestliže se vzpomene, že se v Jihlavě už r. 1364 usnesla obec, »quod iudex ammodo intrare non debeat consilium... nisi vocatus fuerit per iuratos, et hoc debebit perpetuo conservari,« a že dokonce bylo připojeno napomenutí pro budoucí konšely: »si vero aliqui iurati vellent hoc in posterum immutare, sciant se coram completum consilium et communitatem totam id facturos, quod propter commune bonum et utilitatem reipublice hoc est factum.« S tím pravidlem třeba srovnati také článek 75 městského práva brněnského, jež má podobné znění, a v nálezech brněnských čl. 200 o poslušnosti rychtáře ke konšelům i čl. 405, že má rychtář ctíti konšely »tamquam legislatores«. (Rössler, Die Stadtrechte v. Brünn str. 366, 394 a 186). Rada jihlavská šla r. 1372 dokonce tak daleko, že vzala rychtáře Petra do své kázně a přinutila jej ku vzdání rychty, která přešla do rukou rodiny Pelhřimovských. Možná, že z téže doby je německá redakce práva jihlavského, která ukládá, aby rychtář přísahal kmetům, že jich bude poslušen. (Tomaschek, Oberhof str. 150 a 355).

[34]) Lassberg, Der Schwabenspiegel (Tübingen 1840) str. 42 č. 86.

## II.

Co vyslovovalo švábské zrcadlo o svobodné volbě rychtářské, byl ohlas tužeb, které už se projevily v Německu koncem 13. století. Skutečně některá přední města německá dosáhla záhy toho práva, a když se obce městské zmocnily rychty a jejích důchodů i rychtáře proměnily v úředníka vlastního, rada městská jej ustanovovala a z moci, kterou úplně strhla na sebe, dílem nevelkým obdařovala. Ty příklady působily také v městech českých a moravských, a jednotlivá z nich hleděla brzy ve století 14. využíti okolností, aby sáhla na rychtu a učinila z úředníka zeměpanského vlastního úředníka obecního. Kdyby královská města v Čechách a na Moravě byla schopna už tehdy solidárního postupu v zápase o rozmnožení práv, byla by bývala jistě dosáhla úspěchů v ten čas, kdy král zase a zase potřeboval jejich pomoci. Ale města jednala každé na vlastní pěst, a i když se kterému z nich podařilo dostati do rukou kořist, která by rázem vyřizovala spor mezi mocí zeměpanskou a autonomií městskou, zase zanedlouho ji ztratilo a zesílením dozoru panovnického bylo vtlačeno v předchozí obtížný stav. A v tom proměnlivém vývoji to může býti nápadné že právo držení rychty a volby rychtářské spíše obdržela města menší, nežli přednější, a že zvláště Staré město pražské zůstalo z něho až do válek husitských vyloučeno. Sice v odboji proti králi Janovi r. 1319 získali Staroměstští potvrzení starých práv Němců pražských, jak byla osadě kupců německých udělena Soběslavem II. a znovu uznána Václavem I. i Přemyslem II., ale i kdyby už v listině bylo místo o svobodném volení rychtáře obcí, které je nepochybně pozdější interpolací, nemělo pražádného účinku na změnu stavu. Králi musilo záležeti na dozoru nad nejdůležitějším městem státu, a dály-li se pokusy se strany Staroměstských, aby jim rychta byla postoupena, dostalo se jim zajisté plného zamítnutí.

Nejstarší zpráva, která by mohla nasvědčovati svobodnému volení rychtáře městského a pochází asi z doby před r. 1291, vztahována je na Kadaň, a to z té příčiny, že se zachoval list krále Jana z 24. prosince 1319 a ten potvrzuje Kadaňským možnost osazovati rychtu a clo skrze přísežné a se souhlasem obce. V privilegiu tom se sice praví, že město Kadaň požívalo toho práva »a longis retroactis temporibus«, avšak je povědomo, že krátce před r. 1291 rychtářství dostalo se do rukou dvou mě-

šťanů kadaňských Albrechta a Wernhera, a tak třeba míti o správnosti svědectví pochybnost. Ale také se nezdá, že by svobodné volení rychtářské bylo Kadaňským ponecháno na dlouho, neboť postavení rychtáře kadaňského nečiní dojmu podřízenosti služební.[1]) Pro Znojmo uchován prý je také originál listu krále Jindřicha Korutanského z 10. listopadu 1307, kterým město nejen obdrželo právo pražské a potvrzení starších výsad, nýbrž získalo i »potestatem eligendi ex se annis singulis iudicem idoneum iuxta communitatis vel saltem maioris partis communitatis beneplacitum«. Avšak Znojmo právo to už ztratilo příštího roku, neboť bylo zastaveno králem Jindřichem vévodovi rakouskému Fridrichovi i se soudem městským. Proto mohl král Jan 13. dubna 1336 také darovati rychtu znojemskou klášteru v Louce, zřetelně mu vyhradiv moc ustanovovati rychtáře; zmínkou »non obstantibus aliquibus literis vel mandatis nostris datis aut concessis aliis forte personis . . . super ipso iudicio« dal, tuším, na jevo, že také dříve rychtář byl dosazován z vůle toho, kdo na rychtu měl listy královské. Toto darování potvrdil rovněž Karel IV. 25. prosince 1338, a proto překvapuje, jestliže se dovídáme ze smlouvy opata Jana s obcí znojemskou z 21. listopadu 1337, že po jednání obci byla dána svoboda volení rychtářova ze středu měšťanstva každoročně se souhlasem opata Jana a po jeho smrti bez jakéhokoliv dotazu opatova, ovšem s odváděním platu na znamení vrchnostenského práva kláštera. V případu znojemském zajímá i to, že se měšťané r. 1338 a snad již v letech dřívějších bouřili proti rychtáři jmenovanému a přísežným, dokonce si postavivše proti nim v čelo jakéhos hejtmana, takže markrabí Karel 28. července 1338 musil zakročiti proti obci přísnou hrozbou. Zdá se, že klášter nedodržel smlouvy, dosazoval sám rychtáře, s čímž obec nebyla spokojena, a právo to prosadil, obdržev na ně potvrzení nejen r. 1338, nýbrž ještě později 6. června 1348.[2])

Písek má privilegium krále Jana ze 17. března 1327, známé z kopie psané prý koncem 14. století a potvrzené Karlem IV.

---

[1]) Čelakovský, Privilegia král. měst venkov. I. str. 111 č. 45 a 46 a str. 186 č. 111; srv. Emler, Reg. Boh. IV. str. 840 č. 2158 z r. 1327, kde se v čele přísežných jmenuje Nicolaus iudex.

[2]) Cod. dipl. Mor. VI. str. 10 č. 12.; VII. str. 83 č. 113, str. 125 č. 177, str. 151 č. 207, str. 159 č. 221, str. 586 č. 810.

14. července 1348, avšak zachoval se český překlad listu krále Václava IV. z 8. prosince 1392, jenž dané právo zrušil, a skutečně rychtu píseckou drželi potom rychtářové zeměpanští.[3]) Král Jan zapsav 21. července 1331 Domažlice dolnobavorskému vévodovi Jindřichovi, ustanovil, že si měšťanstvo může samo voliti rychtáře ze svého prostředku. Znění privilegia je známo jen z českého překladu ze 16. století, avšak odvolává se na ně už list krále Karla IV. z 22. března 1348. Než král Václav IV. 10. února 1395 nařídil, potvrzuje jiná privilegia městská, aby purkrabí domažličtí obsazovali úřad rychtářský, ovšem pouze usedlým domácím měšťanem.[4] Městu Brnu markrabí Jošt dal r. 1376 privilegium, aby po smrti dotavadního rychtáře kmeté mohli voliti rychtáře příštího a aby rychta i volba rychtáře byla navždy právem města i kmetů, a možná, že ta výhoda městu zůstala na trvalo.[5]) Za to městu Olomouci, jemuž markrabí Jan r. 1351 udělil moc ustanovovati skrze přísežné každého roku vhodného měšťana s jeho souhlasem, byla tato svoboda vzata a markrabí Jošt prodal fojtství olomoucké r. 1389 dědičně Václavu z Kralic.[6])

Zdá se tedy, že jediné Brno dosáhlo držení rychty před válkami husitskými, a kde se jinde projevilo, byl to zjev dočasný a neúčinný.[7]) Ale přec to byla nápověď a předzvěsť změn,

---

[3]) Čelakovský, Privileg. král. měst venkov. I. str. 242 č. 144, 405 č. 273, str. 841 č. 653, str. 1117 č. 839 a II. str. 183 č. 109.

[4]) Tamže I. str. 269 č. 157, str. 395 č. 259, str. 861 č. 670.

[5]) Cod. dipl. Mor. XI. str 29, Bretholz, Gesch. der Stadt Brünn str. 129.

[6]) Saliger, Ueber das Olmützer Stadtbuch des Wenzel v. Iglau str. 16; Cod. dipl. Mor. XI. str. 471 č. 557.

[7]) Uvádí se, že také městečko Stráž nabylo 23. srpna 1331 mezi jinými svobodami, aby jeho obec »iudicem eligere sibi possit, quemcunque ydoneum et utilem ipsis norint« (Reg. Boh. III. str. 705 č. 1800). V pozdních vidimusech ze 16. a 17. stol. podáno je potvrzení krále Václava IV. ze 7. ledna 1399, kterým se uznává platnost privilegia Karla IV. ze 16. dubna 1364 na svobodné volení rychtáře městu Ostrovu, avšak tu bude třeba opatrnosti, neboť zdá se býti sotva možným, aby listina byla vydána v Budyšíně, když ještě 15. dubna byla dána listina královská v Pirně. Že rychta ostrovská byla počátkem 15. století v držení rychtářů zeměpanských, potvrzují zachované písemnosti (Čelakovský, Privilegia král. měst venkov. I. str. 921 č. 715, II. str. 51 č. 35; Huber, Reg. K. Karl IV. 1877 str. 328). V Berouně

které u nás nastaly převratem husitským. Tehdy zejména města v Čechách využila příhodné doby, a jako hlavní město hned v počátcích bouří zmocnilo se rychty a dalo svému úsilí závěr v ponížení rychtáře na zřízence obce, který konšelům měl přísahati a jejich vůle býti poslušen, tak učinila mnohá města jiná buď cestou revoluce nebo vymožením výsad od krále Zikmunda, jenž v dané situaci nemohl odporovati. Vedle Prahy zbavil se závislosti na zeměpanském úředníku Žatec r. 1419, Kutná Hora r. 1420, Litoměřice r. 1421, Most r. 1425, Rokycany, Beroun, Domažlice i Klatovy r. 1437 a snad i jiná, která se stala členy spolku měst.[8]) Ale byla města, která příkladu nenásledovala, zvláště města katolická a Plzeň především, a také na Moravě kromě Brna ani tehdy jiné město nedošlo asi k tomu stupni vývoje. Tam, kde král Zikmund nebo jeho exponenti podrželi vládu a moc, měli na péči, aby správa měst nedostala se v ruce lidu a nebyla vydána jeho vášním. Tam také zůstal v řízení věcí městských patriciát, v Čechách vypuzením Němců zničený, a byl-li dříve nositelem a zastancem snah pro rozvoj samosprávy, tehdy spojil zájmy své se zájmy panovníka a obětoval mnohé ze svých tužeb.

Ale obce městské nespokojily se jen tím, že proměnily rychtáře ve svého úředníka, každoročně znova voleného a odkázaného na plat a vyměřené poplatky, nýbrž obrátily se i proti podstatě jeho dřívější moci, proti soudům zahájeným. A odtud vzala příklad i ta města, která nedovedla nebo nemohla svrhnouti vlivy zeměpanské. Nepokojná doba a nebezpečenství svolávati

odkázal prý rychtu obci Anzelm řečený Herliman, vnuk Jindřicha hajtmana, r. 1407, může-li se tak vykládati záznam v rkp. býv. dvor. a stát. archivu ve Vídni č. 185 str. 420, jenž se zdá býti zbytkem registratury kanceláře král. z doby Vladislava Jagelovce, avšak význam zprávy zdá se býti ceny dosti pochybné (Čelakovský u. m. I. str. 235 č. 140; srv. Vávra, Paměti král. m. Berouna str. 20.)

[8]) Schlesinger v Mitt. Ver. Gesch. Deutsch. in Böhm. XXVII. str. 105, Čelakovský, Privilegia král. měst venkov. II. (vyd. G. Friedrich) str. 7 čl. 6, str. 19 č. 14, str. 57 č. 42, str. 184 č. 110, str. 206 č. 118, str. 212 č. 120, str. 219 č. 125. I v poddanském Pelhřimově musil r. 1440 Mikuláš Trčka z Lípy, pán města, učiniti narovnání mezi radou městskou a rychtářem (tamže str. 224 č. 130) v tom smyslu, že rychtář měl seděti mezi konšely, když by se u něho do rady sešli; avšak týkalo-li by se pře jeho, měl se vzdáliti, a byl-li by žalobcem, neměl souditi sám, nýbrž konšelé.

shromáždění všeho lidu, jenž snadno vybuchoval v rozruchu a napětí a užíval každé příležitosti, aby se vkládal v politiku a řízení města, daly přísežným záminku, aby činnost soudů zahájených byla na čas zastavena a aby agenda jejich byla na radu městskou přenesena. A když za poměrného uklidnění v několika letech vykonávání spravedlnosti a konservativnost měšťanstva přece si vynutily obnovení soudů zahájených, počet jich byl všude stlačen, protože rada městská přece jen podržela hlavní část bývalé jejich působnosti. Soudy přestaly býti konány pravidelněji, jako dříve bylo, znenáhla tam, kde rychtář zůstal na obci nezávislý, soudy přestávaly se konati v rychtě a pořádány byly v soukromých domech měšťanských nebo v radnicích, kam je přenesla hned města osvobozená, a za tím účelem po válkách husitských byly radní domy přestavovány. Také odpadaly všeliké formality na soudech, soudy už netkví ani při určitých dnech týdenních a termínech a i ve formulích úvodních v zápisech soudních je stlačováno postavení rychtáře, který ustupuje purkmistru a je mu podřizován. Nepraví se už, že »iudicium impositum est sub . . iudice, . . magistro civium et . . consulibus« nebo »a . . iudice, . . magistro civium et . . consulibus« (také »per . . iudicem, . . magistrum civium et . . consulibus«), nýbrž zavádí se nový způsob »iudicium impositum est per . . iudicem sub . . magistro civium ceterisque consulibus iuratis« a udržuje se pak bez přestání, takže nutno v něm hledati hlubší smysl.

Celkem možno říci, že v městech práva magdeburského, na př. v Litoměřicích, Lounech, Slaném, Nymburku, Olomouci přes zmenšení čísla soudních zasedání v roce soud zahájený udržoval se neustále vedle rady městské, podle starých zvyklostí [9]), ač

---

[9]) Jak byla rozdělena kompetence soudu a rady městske podle práva litoměřického, vysvítá ještě z pamětního spisu Litoměřických r. 1571 (vyd. Haněl, O vlivu práva německého v Čechách a na Moravě. V Praze 1874 str. 03 násl.) Upadání soudů zahájených v městech práva magdeburského možno sledovati na příkladu města Loun podle zachovaných knih soudních. Tam nastal obrat už r. 1418, kdy soud byl na 10 měsíců vůbec zastaven, a od té doby místo dřívějšího pravidelného čísla asi 20 soudů v rok byly uspořádány r. 1419 tři soudy, r. 1420 7, r. 1421 4, r. 1422 3, r. 1423 6, r. 1424 7, r. 1425 12, r. 1426 10, r. 1427 7, r. 1428 9, r. 1429 5, r. 1430 8, r. 1431 9, r. 1432 8, r. 1433 6, r. 1434 8, r. 1435 9, r. 1436 7, r. 1437 12, r. 1438 13, r. 1439 8, r. 1440 8, r. 1441 6, r. 1442 7, 1443 9, r. 1444 9, r.

v zeslabeném významu a také s opouštěním leckteré staré strnulosti a zbytečnosti, ale v městech práva pražského, brněnského, než i jihlavského že šel rychle k svému pádu. Tu některá léta soud nebyl vůbec svoláván a docházelo k němu po dosti dlouhých a nepravidelných obdobích, jinde byl konán pouze dvakrát, jednou do roka, že se z něho stával pouze soud výroční, a v Praze, i když se častěji sešel, byl na něm purkmistr jen se dvěma konšely. Při tom rozsah jeho působnosti velice se zúžil. Do kompetence soudů zahájených spadaly po válkách husitských hlavně převody nemovitostí, trhy a vzdání, a vedle nich zvody, základů okazování a dání za právo. Avšak i z těch případů právních některé časem odpadly, že zbyly skoro výhradně trhy a vzdání, a při tom ještě funkce soudu stala se pouze dodatečnou. Před soud totiž přicházely k provolání věci, které už byly ohlášeny předem v radě městské a tam pravoplatně vyřízeny, a uchovával-li se přežitek soudu, byla činnost jeho namnoze illusorní. Kde soudní roky konány byly jednou v roce nebo několika letech, tam zpravidla nedocházelo k patřičnému několikerému provolání právních pořízení ve věcech majetkových, a ač na př. právo pražské pozměnilo potřebu čtverého provolání trhů na počet tři, ani toto číslo nemohlo býti dodržováno při častých majetkových změnách. A mimo to provolání druhé, třetí bylo zcela zbytečné, jakmile od prvního provolání na soudu zahájeném uplynul rok a den.[10])

Toto upadání soudů zahájených šířilo se po městech českých podle toho, jak města, jimž se to nepodařilo ve válkách husitských, nabývala držení rychty a jak si po obnově vlády královské

---

1445 9, r. 1446 5, r. 1447 6, r. 1448 5, r. 1449 8, r. 1450 2, r. 1451 9, r. 1452 8, r. 1453 5, r. 1454 5, r. 1455 7, r. 1456 12, r. 1457 8, r. 1458 9, r. 1459 6, r. 1460 6, r. 1461 10, r. 1462 9, r. 1463 16, r. 1464 12, r. 1465 11, r. 1466 10, r. 1467 6, r. 1468 6, r. 1469 6, r. 1470 7, r. 1471 9, r. 1472 9, r. 1473 7, r. 1474 11, r. 1475 4, r. 1476 5, 1477 4, r. 1478 7, r. 1479 6, r. 1480 6 atd. Tato čísla zahrnují nejen soudy zahájené hlavní, nýbrž i posudky (iudicium postremum), soudy podkomořské a mimořádné. Jak i z konservativních Litoměřic vycházely podněty k zanechávání starých obyčejů, viděti z rozhodnutí, které v příčině doby denní učinili kmeté r. 1529, že »všeliká cnost lépe a užitečněji času ranního nežli od večera řídí se, z té příčiny za slušné uznáváme, aby soudové obecní více po poledni držáni nebyli, ale před polednem«.

10) Doklady pro Prahu vycházejí na jevo z dat, která snesl Čelakovský v Soupisu rukopisův arch. m. Prahy.

získávala potvrzení nabytých svobod privilegiemi královskými. Ale je třeba si povšimnouti, že se moc královská pokoušela i o reakci, aby upevnila svá práva a obnovila nebo posílila ve městech postavení svého úředníka, zeměpanského rychtáře. Takový pokus se stal v Praze v Starém městě r. 1439 v době krále Albrechta. Tehdy konšel Jan Mouček, jeda v poselství města do Vídně ke dvoru, vrátil se s vyprošeným prý rychtářstvím městským. Ale rada městská učinila ve věci rozhodnutí velice jednoduché, dala konšela, který jednal nebo se dal zneužiti proti zájmům obce, stíti a král Albrecht neměl v ten čas možnosti, aby prosadil svůj záměr, nýbrž naopak musil dáti konšelům majestát na vysazení rychtáře podle jich vůle.[11]) Za to v Jaroměři, která byla věnným městem, dopadla otázka městského rychtářství nepříznivě pro obec měšťanskou. Tam vrchnost její, královna Barbora, přinutila r. 1445 měšťany, aby jí rychtu i se všemi důchody vydali, zvláště co k obci od ní drželi, slibujíc, že nebude už na ně sahati v tom, co již mezi sebou od rychty rozkoupili. Mínila tím prokázati Jaroměřským milost a odpuštění hněvu, »že jsú sě byli v to tiem během a obyčejem uvázali a držali po dobytí a vypálení města, když pána a krále ani nás v zemi nebylo,« a to činila jen z té příčiny, že zamýšleli, jak se patrně vymlouvali, »aby tiem snáze a lépe mohli to město zasě opraviti a zdělati i zachovati až do pána budúcieho, jakož jsú to i učinili.« Ale ten skutek, který tehdy královna měla za bezelstnost více, nežli za zlou vůli, byl hned potom některými z obce stupňován, neboť část měšťanstva, nespokojená patrně podrobením rady městské, vzbouřila se vedením kněze Pavla, »konšely a súsedy . . i úředníky od Jejie Mti usazené zbivše, zjímavše a některé ven z města vyhnavše i statky jim jich pobravše.« Proto královna Barbora, aby město potrestala, zapsala je listem ze 24. dubna 1445 se všemi důchody, zejména z rychty městské a jejího příslušenství, panu Jiříkovi z Poděbrad v 1000 kopách grošů, a vytkla při tom, že »Jaromiřští měšťané a lidé naši, spravedlivě poddáni jsúce, i učinili jsú nad námi zrádně, bezectně a nešlechetně jako zlí zrádcě a nešlechetní lidé, proti svým slibuom a přísahám vytrhše sě neřádně, svévolně a zrádně z poslušenstvie

---

[11]) Tomek, Dějepis m. Prahy VI. str. 63, Staří letopisové čeští pag. 107. a Kronika Kuthenova str. 432.

a z člověčenstvie našeho a podle toho v naše panstvie a v poplatky i v rychtu jaromířskú i se vším příslušenstvím i v lidi v Čáslavkách i v jiné požitky a poplatky naše sáhše a na tom nám velikú škodu učinivše a činiece.« Ovšem Jiří z Poděbrad musil si město teprv podmaniti mocí a vykonal tresty nad provinilými měšťany, jak mu listem královniným bylo svěřeno, a město se mu potom podřídilo i zavázalo k poddanství listem z 5. října 1448. A nová vrchnost zajisté se postarala,[12]) aby její úředník, rychtář městský, byl utvrzen ve významu, který míval v dobách starších. Ale i to je důležito, že se v Praze ještě král Ladislav pokoušel zeslabiti vzrostlou autonomii města ve prospěch moci panovnické a dne 5. listopadu dosadil do Starého i Nového města svého rychtáře, darovav rychty v obojím městě dědičně panu Janovi z Ronova, komorníku svému, v odplatu za věrné služby. Možná, že to se stalo i v Menším městě pražském, ale obce městské dovedly si pomoci. Na Starém městě v poradě obce bylo rozhodnuto, aby bylo dáno svolení některému z měšťan k zakoupení rychty od držitele králem zřízeného, a když ji koupil se souhlasem obce Přech z Budkovic 19. listopadu 1454, obec staroměstská vyplatila si ji z jeho rukou do dvou let, a nepochybně touže cestu nastoupily i druhé městské obce pražské.[13]) Je lze se domnívati, že popud k hledání prostředků na povznesení práv královských vycházel od správce země pana Jiřího, jenž usiluje o konsolidaci stavu země směřoval k spoutání měst dozorem královským, aby zabránil libovůli obcí městských, a obnovil důchody komory panovnické. Tu politiku zastával i v Plzni, a jestliže už v době kralování Ladislavova nepochybně radil, aby katolické a nespolehlivé město nedostalo do rukou rychty městské a práva volby rychtářské, za vlastní vlády pomocí strany jemu oddané ve městě, sevřel je ještě tížeji, dávaje rychtáři pravomoc v ten čas už nebývalou a neslýchanou a čině z něho takořka zvláštního svého komisaře. Ustanovení, že rychtář má míti přední místo v radě městské a účast v jejích soudech i díl z vin v radě souzených, dotýkal se přímo základů vymoženostÍ, k nimž

[12]) Čelakovský, Privilegia král. měst venkov. II. str. 242 č. 141 a 243 č. 142.

[13]) D. Adam z Veleslavína, Histor. kalendář 1456, Tomek, Dějepis m. Prahy VI. 244 a Čelakovský O vývoji středov. radního zřízení v městech praž. u. m. str. 270.

se zatím ve vývoji radního zřízení v městech našich dospělo.[14])

Ale přes všechny snahy, které se projevovaly asi podle okolností v jednotlivých městech, aby bylo zachráněno nebo upevněno postavení rychtáře jako úředníka zeměpanského, podléhal panovník nutnosti, a potřebuje zase a zase příspěvků a podpory měst, slevoval ze svých výhrad. K těm městům, která ve válkách husitských uchvátila rychty a rychtáře podřídila konšelům, jimž potom přísahal a z jejich rukou odznak své moci pečeť a palcát nebo žílu přijímal, přistupovalo v průběhu 15. století město za městem podle toho, jak dovedla a mohla využíti situace, a jestliže některé město nabylo veliké té svobody, dávalo si ji znovu potvrzovati při změnách na trůně nebo jiných příležitostech, aby její nepochybná platnost byla utvrzena. Někde vydaná privilegia královská po případě obnovují stav, který upevněním autority královské po válkách husitských dočasně byl zrušen, a jsou dokladem, že města nešetřila obětmi a prací, aby nabyla vymoženosti, jež se měly státi základem nového vývoje autonomie městské. Mohly-li si Louny koupiti rychtu r. 1451, král Ladislav listem ze 7. června 1454 dal obci rakovnické svobodu, aby si volila každoročně vhodného rychtáře z měšťanstva, jenž by byl podán úředníku královskému na Křivoklátu, téhož roku 5. července potvrdil městu Mělníku všechna stará privilegia na rychtu a na clo, schvaluje koupi rychty k ruce obce, podobně dal souhlas obci města Písku na koupení rychtářství městského 27. srpna a tak učinil i Vodňanům 29. září a Domažlicům 15. listopadu obnovil starší privilegia královská a zvláště list krále Jana, potvrzený císařem Karlem IV. a Zikmundem, na rychtářství. Plzni sice už listem z 31. října 1453 daroval rychtu obci jako svou odúmrt, ale když se prokázal právní omyl po přihlášení dědiců posledního rychtáře, musila obec plzeňská o ni učiniti narovnání a postoupiti ji v držení soukromé 19. března 1456. Za to však král Ladislav listem z 28. října 1458 potvrdil smlouvu, kterou purkmistr a konšelé města Budějovic koupili k obci polovici městského rychtářství a dal jim moc, aby každoročně volili sobě z měšťanů rychtáře městského, a podobně musil jednati i král Jiří z Poděbrad v několika mě-

[14]) Vojtíšek, Z nejstarších právních dějin města Plzně (zvl. ot. ze Sborníku měst. histor. musea v Plzni V.) str. 48 nsl.

stech, ač měl právě na mysli utužení práv královských. Nejenže obnovil několikrát starší privilegia na rychtu obcím městským, nýbrž r. 1460 zapsal městu Berounu jeho rychtu ve 300 kopách gr. a 10. srpna 1464 povolil obci města Slaného, aby koupila rychtu městskou od Bořity z Martinic a manželky jeho a potom sama sobě rychtáře městského volila, polehčuje při tom pokuty na těžká provinění proti rychtáři a úřadu městskému, kdysi králi českými uložené.[15])

Jestliže Jiří z Poděbrad, co sám jiným městům dával, obci plzeňské odpíral a ještě ji chtěl ve výsadách městských zkrušiti, je pochopitelno, že odtud vzali Plzeňští také záminku k odboji a revolucí se zmocnili rychty a volby rychtářské, vyžádavše si na to potvrzení moci papežské a protivného krále Matyáše. Ten stav musil pak uznati i král Vladislav, a na věci nic nezměnilo, že si obec plzeňská musila dodatečně rychtu vykoupiti z vlastnictví legitimního rychtáře, aby byl dodržen obnovený právní řád. Příklad Plzně je zvláštním svědectvím ceny rychet městských, a je vysvětlitelno, jestliže přibylo měst, jež si držení jejich zjednávala službami králi. Král Vladislav schválil zakoupení rychtářství od obce města Poličky listem z 25. února 1474 a asi téhož roku povolil koupení rychty obcí města Hradce nad Labem, v Kolíně r. 1480 prodal Adam z Bystřice úřad rychtářský i s domem obci, později nabylo Stříbro rychty, koupivši ji r. 1492 od Otíka Kamitského z Tropčic, r. 1497 obec velvarská nabyla trhem rychty a došla toho utvrzení listem královským z 16. června, 1498 nabyla fojtství obec olomoucká a r. 1505 koupila rychtářství obec jihlavská, nehledíc k tomu, že některá města obdržela nová potvrzení svých svobod.[16]) Je viděti, že některá města — a bylo jich nepochybně více, jež by náležela do tohoto seznamu — byla nadána dosti pozdě oprávněním k vlastnictví rychty městské, a to překvapuje tím spíše,

---

[15]) Čelakovský, Privilegia král. měst venkov. II. str. 286 č. 165, str. 202 č. 168, str. 301, č. 172, str. 309 č. 178, str. 321 č. 186, str. 350 č. 206, str. 417 č. 242, str. 464 č. 269.

[16]) tamže, str. 561 č. 326, str. 605 č. 356, str. 612 č. 360 a 361, str. 687 č. 409, str. 811 č. 482, str. 818 č. 487, str. 863 č. 510, str. 986 č. 572; Vojtíšek u. m.; Vávra, Děj. m. Kolína I. str. 87; Bischoff, Deutsch. Recht in Olmütz str. 29; d'Elvert, Gesch. der Stadt Iglau str. 143.

že byla města poddanská, která mnohem dříve přiměla své vrchnosti k podobným ústupkům. A myslím, že není jiného výkladu, nežli že individuální význam měst, měnící se po případě po obdobích, byl hlavní podmínkou úspěchů, jako nedostatek sjednocení měst, třebas v době Vladislavově podstupovala těžký zápas s králem i stavy vyššími o svá práva, byl z příčin nestejného dojití touženého cíle.

Co přinášelo s sebou, zmocnila-li se obec rychty městské i podrobila si rychtáře, jenž byl volen z měšťanstva, člověk dobrý a zachovalý, ukazují zřetelně právní pomůcky doby, v Praze zvláště známá práva soběslavská a důležitý traktát Prokopa, písaře novoměstského, Praxis cancellariae, v Brně, Jihlavě a Litoměřicích právní sentence a naučení rady městské. Práva soběslavská, která jsou obrazem vyvrcholení moci Prahy po válkách husitských, určují postavení rychtáře městského, a nejen že vymezují jeho příjmy, nýbrž i jeho povinnosti, a zejména naznačují, že purkmistr je hlavní osobou v soudu, neboť se ukládá každému purkmistru, aby ve svých čtyřech nedělích soud učinil, »aby se pravda stala lidem«. Tím spíše bylo zakazováno, aby rychtář sedal v radě mezi pány, ale měl míti každý týden dvakrát soud o věci do 10 kop, nic více.[17]) Ozývá se sice v těch ustanoveních namnoze, co vešlo v obyčej už v době předhusitské, avšak v dobách tehdejších měla ta pravidla mocnější účinek, a tak vážily i předpisy jihlavské nebo brněnské, pravily-li, že rychtář musí ctíti konšely jako zákonodárce a musí jich býti poslušen i přísahou zavázán. Ale místy byly důsledky podřízení rychtáře městského obci a přísežným uzákoněny i privilegii královskými, a zejména Plzeňští si vymohli souhlas krále Vladislava z 15. listopadu 1487, když si byli rychtu vykoupili, aby při kšaftech nebýval už nikdy rychtář, jak bývalo obyčejem dříve, nýbrž purkmistr s některými konšely aneb konšelé nejméně dva, kdyby purkmistr nemohl býti přítomen.[18]) A z toho je viděti, jak proměna v postavení rychtáře městského zasáhala do zřízení a právních řádů městských, znamenajíc v každém městě, kde se udála, počátek nové doby, jevící se i v rozvoji městských knih radních

[17]) Vyd. Schranilovo, Die sogen. Sobieslaw'schen Rechte (1916), čl. 21, 42, 45, 47, 105.

[18]) Vojtíšek u. m. str. 58.

a upadání knih soudních. Zvláště že se potom schůze rady městské a zasedání soudů zahájených téměř už nelišily od sebe, měšťané víc a víc přestávali vyhledávati soud a pokládali jej za zbytečný. A tak se v městech našich, pokud to nebyla města řídící se právem magdeburským, ocitl soud zahájený asi od konce století 15. v naprostém úpadku, a v městech s právem magdeburským zůstávaly soudy zahájené jen jako stará prázdná zvyklost. Zánik soudů zahájených nepřipadal však zase stejně na všechna města. V Starém městě pražském máme poslední zprávy o soudu zahájeném z r. 1532, v Novém městě asi z r. 1467, na Malé Straně po r. 1505 a na Hradčanech z r. 1537, možno však říci, že ve všech městech pražských byl soudu zahájenému, jenž měl už pouhý stín dřívější moci, učiněn asi v letech 30tých 16. století konec.[19]) Také na př. z Plzně poslední zmínka o soudu pochází z r. 1532, a jestliže z jiných měst dříve mizejí stopy soudů zahájených, musíme počítati spíše se ztrátou pramenů, nežli aby bylo lze položiti zmizení soudů do let tak časných. To je třeba mysliti tím spíše, že Brikcí z Licska v Právech městských z r. 1536 zmiňuje se ještě o soudech zahájených, třebas však ve smyslu starých práv brněnských, která mu byla předlohou.[20])

Klesání soudů zahájených v důležitosti během století 15. a ve století 16. i postavení rychtáře jako zřízence obecního [21]) bylo

---

[19]) Srv. Čelakovský, Soupis rukopisů arch. m. Prahy passim. V Starém městě r. 1510 usnesla se obec, aby plné zahájené soudy byly držány pouze na každé suché dny, tedy jenom čtyřikrát do roka.

[20]) Vyd. Jirečkovo str. 24. Srv. Winter, Kultur. obraz čes. měst II. str. 621 nsl.

[21]) Srv. přílohu I. a II. K tomu možno uvésti zápis manuálu města Hradčan (fol. 72), rkp. arch. m. Prahy č. 72 z r. 1514: »Svolenie pánuov i všie obce. Léta ɔc. V^c XIIII tu středu na sv. Mikuláše stalo se svolenie pánuov, pana rychtáře i všie obce dobrovolné: Kdyžkolivěk pan purkmistr a páni mají radu aneb sedie v radě, tehdy pře a ti, kteříž se mají súditi, aby stávali vně, a když by páni chtěli strany které slyšeti, mají pozvoniti na pana rychtáře a pan rychtář má je před radu pustiti . . .« Srv. také naučení jihlavské do Přibyslavi z r. 1501 o právu purkmistra a rychtáře městského, kde se zvláště praví: »It. rychtář váš má se v svém ouřadu zachovati, pokud na úřad jeho slušie, totiž žaloby slyšeti, ktož by se svadil, zerval neb jeden druhého zbil neb zranil, a takové ku právu zarukovati nebo vsázeti; též také žaloby pro dluhy móže slyšeti, a ktož by se k dluhu přiznal, spravedlivě od takového dlužníka

by možno doložiti ještě doklady nejrůznějšími, třebas vznikají dosud obtíže neprozkoumaností pramenů zvláště měst moravských. Ale pro konec soudů zahájených zachovala se výmluvná a cenná zpráva z Prahy, a ta nejen osvětluje vyžití soudů v městech práva pražského, nýbrž zasazuje i rozhodnou ránu udržujícím se soudům v městech práva magdeburského.[22]) Když totiž po zřízení soudu apelačního na hradě pražském jednotná jeho iudikatura víc a víc přiváděla nutnost sjednocení práva městského, a opakovaly se toho pokusy, většina měst českých předložila r. 1569 císaři Maximilianovi II. k potvrzení návrh zákoníka městského, sepsaný kancléřem staroměstským M. Pavlem Kristianem z Koldína. Avšak Litoměřice a jiná města práva magdeburského zdvihla odpor na obranu svých právních řádů a zvyklostí a Litoměřičtí podali císaři r. 1571 sepsání svého kmeta Mikuláše Mitasa Austina s názvem »Extrakt hlavnějších a přednějších artykulův z práv saských anebo magdburských« kde hájili své zvláštnosti i soudy zahájené. Staroměstští, kteří se už r. 1535 chlubili, že »právo pražské jest právo vrchní, k němuž je odvolání takřka všech měst,« zamítajíce je, že »jsou proti rozumu a dětinské hříčky«, zřetelně se vyslovili především o soudech zahájených: »Pamět jest, že před dávnými lěty také zahájení souduov bývalo, ale taková ceremonia již dávno, více snad než před sty lety složena jest, protože při právě městském kdyžkoli a kteréhokoli dne purkmistr s konšely v kterémžkoli místě na soud zasednú, vždycky soud takový, jako by toho dne zahájený byl, se drží, a kteříž před soudem takovým činiti mají, po-

učiniti i jiné věci říditi, kteréž by k úřadu jeho příslušely. Ale sic žádného ortele bez konšel nemá vynášeti ani řiekati ani do rady choditi, leč od konšel bude povolán (T o m a s c h e k, Der Oberhof Iglau, str. 296). Z Jihlavy šlo rovněž r. 1502 do Přibyslavě naučení o zahajování soudu (tamže str. 298) a důležitá je věta z r. 1505, že »žádný měštěnín nebo spolusúsed náš . . ., majíce dědictvie nebo duom v městě našem nebo v okršku města našeho, moci nemá žádnému ani móže duom svój nebo dědictvie své zastaviti jinde než toliko před konšely v ranním potazu nebo před súdem . . .« (str. 308). Viz W i n t e r, Kultur. obraz čes. měst II. str. 619 nsl. a V o c e l, O soudu zahájeném (v Českých Budějovicích r. 1516) v Č. Č. M. 1845 str. 103 i rkp. m. Horažďovic f. 188.

[22]) H a n ě l, O vlivu práva německého v příloze, W i n t e r u. m. II. str. 632 nsl., kdež zajímavé doklady pro odstranění a vyžívání práva saského v městech našich, a T i e f t r u n k, Kmetská stolice magdeb. práva v Litoměřicích v Pam. arch. IV. 1860 str. 122 nsl.

vinni jsou se k sobě pokojně, vážně i poctivě zachovati pod skutečným trestáním . . . A protož bez čehož dobře muože býti, není potřebí tím se zbytečně zase zaneprazdňovati . .« V ten čas chtěla ještě práva magdeburská, že »rychtář s kmety anebo s konšely tři soudy obecní v roce z práva tři dni pořád držeti má, první ten outerý po Novém létě, druhý ten outerý po provodní neděli, třetí ten outerý po sv. Trojici, a po takovém jednom každém obecním soudu troje nebo čtvery posudky jedny od druhých ve dvou nedělích se držívají.«

Když přes vzpírání Litoměřických i některých jiných, zvláště Lounských, zákoník Koldínův přece vydaný r. 1579 byl r. 1610 císařem a stavy na sněmu konečně přijat a práva magdeburská zakázána v Čechách i na Moravě jako »hostinská«, tedy cizí, byly soudy zahájené přivedeny k zrušení i v Litoměřicích, Lounech, Slaném, Nymburku i v Olomouci, a tak i v těch městech rada městská odstranila přežitek, jak ostatní města byla učinila už před řadou desítiletí. Jiného ani soud tamější neznamenal, třebas ještě r. 1571 práva Litoměřických soudu konšelskému, tedy radě, vyhrazovala jen přestupky policejní, zvláště tržní — nabytím rychty a podřízením rychtáře obci a přísežným rada městská stala se jediným zdrojem správy a soudnictví, jenž mohl ze své moci leda nižším orgánům díl ponechávati nebo udělovati, ale s nikým nebyl povinen se děliti. A proto pochopíme, proč města tolik usilovala o získání rychty ve vlastní držení a proč se domáhala svobodné volby městského rychtáře. Ovšem zisk z toho netrval příliš dlouho; Ferdinand I. potlačiv r. 1547 nepřipravené povstání stavů českých stihl trestem zvláště města královská a většinu z nich spoutal dozorem nového zeměpanského úředníka, král. rychtáře, jehož zasahání v správu i soudnictví městské znamenalo zničení nabytých velikých svobod městských.

## PŘÍLOHY.

### I.

**Řád rychtáře městského podle práva litoměřického z pol. 15. stol.**

Item tito kusové a tyto dole psané věci na rychtáře slušejí z práva litoměřického, a takto se počíná ꝛc.

Rychtář muož súditi o prosté dluhy, o kteréžkoli, kteréž bez svědomí žalují, anebo kdyby se jeden druhému znal, muož jemu

rychtář přikázati i přisúditi z úřadu svého, aby zaplatil 2c. vedle pravého práva.

Každý hospodář muože svády a ruoznice hostí svých smluviti a smířiti. Kdež tak hospodář hostí svých smíří, tu nemá rychtář žádné viny bráti ani na hospodáři ani těch k vězení nutiti, leč by se okřik stal a žaloba by k rychtáři přišla; tehdy hospodář ani jiný žádný toho smluviti nemá bez odpuštěnie rychtářova; pakli by je smluvili, tu rychtář má svú pokutu 2c.

Rychtář v radě seděti nemá, leč by povolán byl, že by co rozsúditi měl, a když by starší z obce k zřízenie obecního dobrého v radu povoláni byli, má rychtář také povolán býti, nebo rychtář z úřadu svého má pomocen býti a opatrovati obecní dobré, a zvláště co by svolili a přikázali k ubecnímu dobrému a pod pokutú přikázali obci, rychtář toho pilen býti má; a pakli by kto přěstúpil pokutu uloženú vedle rozsúzenie purkmistra a rady, v tom rychtář třetinu má a purkmistr a rada dva díly mají 2c.

Vazba nemá prošena býti ot rychtářě, neb vazba, jakožto kláda, žalář a jiné vazby sú k obecnímu dobrému, v takových vazbách zločince chovati by mohli, a v tom nemá ruoznice býti mezi purkmistrem a radú a rychtářem, nebo to každé město má míti k ubecnému dobrému z práva; leč by který obecní člověk potřeboval vazby, má u rychtáře prositi vedle práva města našeho.

Biřic jest obecní služebník a má poslúchati purkmistra jako i rýchářě, nebo to slušné nenie, by se v kterém městě vo to měli dvojiti, tak jakož ten úřad biřicův k obecnímu dobrému slúží.

Rychtář, kdež súdí s nálezy konšelskými a s ortely, tu rychtářova pokuta jest VIII šilink, ale kdež rychtář súdí kromě súdu hájeného bez nálezu konšelského, tu jest pokuta jeho VI denárů.

Rychtář z úřadu svého péči má míti o vězních a má opravovati kládu, pranéř, šibenici a jiné věci, kterýmiž se zločinci trestati mají. Také rychtář má ostřiehati obecního dobrého městského, a tu má sirotkuov a vdov obránce býti jako jiný poručník 2c.

Rychtář nemá bráti z práva nic stavného; staví-li kto právě, požive toho, pakli neprávě staví, musí rychtáři jeho pokutu dáti 2c.

Komuž by se od rychtářě křivda dála, má jeho z toho obviniti a muož jeho s pravými ortely ze čtr láv dobýti a že m u s í

jiného súdci usaditi a musí tomuto za bezpráví odpovědati vedle práva jako i jiný súsed, a bude-li to bezpráví na toho rychtáře uvedeno, na to jest pokuta v právích položena, co by za to odložiti měl a co by proti vyššímu rychtáři propadl, ač by se ku právu podati nechtěl.

Rychtář kdyby co učinil neřádného, muož k němu mluveno i žalováno býti jako i k jinému súsedu před právem.

Rychtář má poslúchati purkmistra, nebo rychtář má z práva pomáhati a zbraňovati obecního dobrého vedle úřadu svého.

Má-li rychtář popravu svú vzláštní, tehdy on ty všecky věci sám má opatřiti, pakli jest poprava obecní městská, tehdy ty věci má rychtář s radú a pomocí paňa purkmistra a konšeluov vésti, a v tom běhu, ač zločince kde zdvihnú, nemají nic bráti, leč by zloděje honili, tehda to, na čemž jej popadnú a v čemž sú, to sluší na rychtářě, krom toho, což bylo kradeného, to má těm vráceno býti, číž to jest, ač by se kto k tomu vedle práva táhl.

Kdyby se dva konšěli v radě potkla, purkmistr s jinými konšely muož je smluviti bez rychtářě, leč by se co bezpráví dotklo ꝛc.

Rychtář má po konšělech vin svých docházeti, a kdož by jemu odpírali viny jeho, má toho po schválenie konšelském dojíti a žádného bezprávím neb svolením tisknúti ꝛc.

Všeliké žaloby, kteréž před rychtářě přidú, ty mají zarukovány býti k rychtáři a výše nic, nežli pod usazeným vergeltem osmnásti funty nebo pod šesti kopy gr., leč by o vyší bylo dluh ꝛc.

Kdyby biřice nebylo, má rychtáři rozkázáno býti, aby biřice zjednal pro obecní dobré, pakli jeho nemá, sám opatř obecní dobré ꝛc.

Požádá-li kto na zvod, kolikrátkoli potřebí jest a požádají na zvod, má rychtář s konšely jíti, ale ne sám, ale kolikrát kto na zvod povede, tolikrát vždy VI denárů dáti má, a to památné sami konšelé berú a rychtář jeden peniez ꝛc.

Každý hospodář z práva nemá nižádných nepoctivostí v svém domě dopustiti aniž rychtář ani žádnému jinému, a pakli by rychtář tak něco nepoctivého učinil, muož k němu též mluveno býti i žalováno pod týmiž pokutami jakožto k jinému obecnému súsedovi ꝛc.

Rychtář nemá žádného súditi jinak nežli vedle psaných a vysazených práv.

Jesli o hlavu před rychtářem obžalováno a odtud na ubrmany přišlo a ku pokoře vedeno, tu rychtářova pokuta jest osm šilink; pakli sú z jiné rychty a u vás pokoru činí, tu nemá rychtář nic, a rychtář muož při té pokoře býti, ač jeho požádají 2c.

Při súdu hájenie připovídá se čest a kázeň, kto by přěčinil řěčí, ten proti tomu, komuž jest přěčinil, propadne pokuty třidceti šilink a rychtáři jeho vinu osm šilink, ač toho po nálezu konšelskému duojde, leč by kto konšely zvláště poháněl 2c.

Rychtář má podávati na konšely, ale ne purkmistr, když jest súd zahájený 2c.

Rychtář nemá žádného k jiným súdóm podávati, a má každému práva dopomoci doma, ktož žádati bude bez odtahu 2c.

Toto také sluší věděti, má-li rychtář která obdarovánie nebo milosti královské k rychtě své, na ty se právo neříká.

Rychtář nemá žádných počet ani peněz bráti od žádného, kohož súditi má, nebo bral-li by zvláště rychtář peníze za to, aby on nad některú pří nepopravil nebo práva neučinil, na kterúž by to při práva žádali, tehdy by on to neprávě učinil a zaslúžil trojí pomsty, prvé byl by křivý přísežník a nad tím má jeho vyší rychtář popraviti, druhé že by rychtu ztratil, ač by přemožen byl, a třetí šel-li by naň obecní ortel nebo soud, kterýž na falešné rychtáře usazen jest, jakož o tom v saském zrcadle v knihách druhých art. XIII°: Kterýž rychtář bezpráví nepopraví, to jest neodsúdí, rozuměj právem netresce, ten jest téhož soudu hoden a vinen, kterýž na onoho jíti má, ježto provinil, a jestli to o dluh, dvé navrátiti . . .

Že rychtáři mají ostříhati před křivú mocí. My král přikazujem při císařské moci všem rychtářóm, kteříž na zemi i v městech jsú, aby střihli před křivú mocí, a ktož toho neučiní, toho my musíme popraviti po našem právě, a kdež my popraviti nemuožem, tu popraví buoh nad nimi v súdný den. Rychtáři nenie jedno místo ustavené ani pro pravdu ani pro křivdu, on nemá nic bráti jedno svú vinu, kteráž mu jest z práva ustavena, a to podle milosti, když z těchto lidí kterýž člověk přide před soud, totižto chudí lidé, vdovy a sirotci, a když sobě řečníka berú, tehdy jim má dáti rychtář před jinými lidmi, a ti, jenž sedí na

soudě, mají je před jinými lidmi slyšeti, a ktož toho neučiní, ten učiní proti bohu a právu.

(Z právního rukopisu litoměřického Jakuba Koženého, po r. 1469 napsaného, v knihovně musea zemského sign. II. F. 1. fol. 1 nsl.)

II.

**Zpráva a instrukcí z rady k úřadu rychtářskému Starého města pražského, uvážená jest a vydaná Janovi Handlovi, ty časy rychtáři, v pondělí po narození buožím léta XV$^{C}$XXXII za purkmistra M. Jeronyma Hrobčického z Hrobčice.**

Předkem vědíno býti má, že rychtář podle povinnosti a přísahy své jesť a býti má každému panu purkmistru jakožto místo ruky druhé, dopomáhajíc dobrého všelijakého a zlé skutečně kazíc i přetrhujíc, poněvadž slovo rychtářské to v sobě nese, že jest kazitel zlého a rozmnožitel dobrého. Protož všecko to, což by mu buď z rady nebo od pana purkmistra nynějšího i budúcího k zlému přetržení rozkázáno bylo, s pilností podle své najvyšší možnosti věrně i právě, upřímně a spravedlivě toho má hleděti a vykonávati bez prodlení, tak aby jeho nedbanlivostí, tudíž písaře jeho a jiných pomocníkův ouřadu jeho nic nescházelo ani obmeškáno bylo ke škodě spravedlnosti lidské, pakli by se co toho obmeškalo a kdo chtěl se o to k němu neb pomocníkóm jeho domlúvati, bude to moci každý pořadem práva učiniti.

It. každý rychtář nynější i budúcí toho pilen býti má, aby hned, jakž by pan purkmistr se pány v radě byl, také on při úřadu svém s písařem aby se najíti dal a spravedlivosti lidské slyšal a bedlivě vážil, konal tak, pokudž mu dále vyměřeno stojí, které věci k sobě přijímati má, a také proto aby se nacházeti při úřadu svém dal, když pan purkmistr a páni jeho potřebují, aby on tu nalezen k takové každé potřebě byl; pakli by kde z hodné příčiny odjíti musil, písař při úřadu zuostaň, a tak odšel-li by jeden, druhý vždycky buď k panským aneb lidským potřebám aby na rathúze zuostal. Též také po vobědích a tak toho jiného všeho času on rychtář, písař neb některý z pomocníkův jeho při rathouze nebo v rathúze ustavičně aby zuostal a zuostali, poněvadž rozličné a někdy nenadálé příhody lidské jsú, práva a úřadu toho potřebující, kteréž prodlení žádného trpěti nechtějí,

aby v tom lidé práva dojíti mohli a obmeškáni, jakž prve bývalo, nebyli, byli-li pak služebníci toliko sami, má jim rychtář oznámiti, aby ho věděli kde najíti.

Což se pak nočního opatrování pokoje města, tudíž i obyvatelův v něm dotýče, též rychtář s pomocníky svými nejinač než jako pastýř nad stádem podle svých povinností pilnost míti mají a všelijaké věci neřádné, vády, různice, bití, mordy, povyky a jiné všeliké rozličné vajtržnosti, jakž by mohly jmenovány býti, kteréž sú proti pánu buohu i proti dobrému lidskému pokojnému pořádku, přetrhati mají, svévolné a vajtržné, jednoho každého podle jeho povolání a stavu, jakž na koho záleží, zachovajíc, trestati buďto vězením, závazkem, a hned o takovém každém nazajtří má panu purkmistru a pánuom oznámiti do rady a dále při tom s povolením panským, pokudž mu o takové věci poručeno bude, tak se má zachovati.

O soudu rychtářovu. Rychtář vyšších a věčích věci a pří k sobě přijímati nemá než do X[ti] kop gr. čes., pokudž o tom starobylost práva ukazuje, a tak, kdož by před soudem jeho do té summy koho obvinil a naň ten a takový dluh provedl, na to má rychtář rozsudek učiniti, domácímu do dvú nedělí pořád zběhlých a hosti a přespolnímu do třetího dne pořád zběhlého, a toho dopomoci bez všelijakých dalších lidem škodných prótahuov. Nebo jestliže by jeden druhého obeslal jednú i druhé, má se každý k té obsílce postaviti a rychtář má to při služebnících svých opatřiti, aby ten každý, kdož se obsílá, bez obmyslu týchž služebníkův byl nalezen a před úřad rychtářský aby původovi k obeslání se postavil; pakli by k druhé obsílce do západu slunce se nepostavil a toho příčiny hodné neoznámil, má mu hned nazajtří zaručeno býti, nestane-li a ku právu se nenajde po zaručení do třetího dne pořád zběhlého, má vzat býti a původu škody k právu nákladné obeslaný má navrátiti, když by pak dopomohl a takové peníze na právě při úřadu jeho položeny by byly, má vzíti rychtář s jedné kopy jeden gr. míš. a více nic.

Apellací. Kdož by koli na rychtářovu rozsudku přestati nechtěl, může podle práva do dvú neděli pořád zběhlých od vajpovědi rychtářovy do rady apellací vzíti, a on rychtář má všecko stran pře vedení, svědky, nález svuoj i to, což strany ukazují, sepsati rozkázati a stranám přečísti a to před nimi zapečetiti a do rady podati. Když by pak uvážení toho rozsudku zase

k úřadu jeho z rady podáno bylo, jeho neotvíraje hned nazajtří má strany k slyšení jeho obeslati, aby to vyslyšíc, tím se zpraviti mohly. A od takového odvolání, jestli nad V kop gr. pře, dává se rychtáři X gr. čes. od každé strany, pakli by co míně pod V kop gr. bylo, tehdy V gr. čes., a které straně rozsudek padne, tý důklad od apellací zase navrať; nevodvolal-li by se pak kdo od vajpovědi jeho do dvú nedělí, ten rozsudek bez apellací svuoj při právě próchod má a dále se odvolání nepropójčuje.

P e č e t ě n í. Komuž se rychtářem anebo písařem jeho který zamyká pokoj a pečetí, ten, kdo je toho póvod buď pro dluh aneb že mu obeslaný ku právu nestojí, tu se dáti má od zapečetění rychtáři I gr. čes. a od odevření nic, neb když se odmyká, již tomu, proč se odmyká, konec bývá a právo se dopomáhá, než jestliže by kdo svévolně pečet odtrhl, pokudž každý rychtář o tom pilnost míti má, tu pokuta jest do rady pánuom VI½ kop gr. čes.

Z v o d. Kdož se uvodí právem v duom anebo jiný statek sc, od takového zvodu dává se rychtáři XXX gr. čes., a jakž zvod učiní, má téhož zvodu k knihám bez prodlení relaci učiniti, a taková relací má se zapsati. Kohož pak rychtář pro neplacení gruntovních peněz z rozkazu panského gruntův zmocňuje, od toho zmocnění V gr. čes. bráti má.

S t a v u n k. Kdožkoli koho obstavuje právem, buď domácí, host nebo host hostě, tu se více bráti nemá od rychtáře ani písaře jeho, nežli II½ gr. čes., neb právo každému rovno býti má.

Z á k l a d o v é. Každý, na kohož který rozsudek pro kterú summu do X[ti] kop gr. čes. rychtář učiní, a on by té na sobě summy přisouzené ani základu nepoložil do dvú nedělí pořád zběhlých od rozsudku, dále po vyjití těch dvú nedělí právo od něho základu mimo hotovú summu přijímati povinno není.

It. kdož základ při právě úřadu rychtářova klade, nemaje věřiteli svému co jiného dáti nebo čím zaplatiti, ten základ má ležeti třetinou vajš nad summu věřitele VI nedělí pořád zběhlých a po vyjití VI neděli má odhádán býti věřiteli do té summy, pokudž jeho dluh ukazuje; však byl-li by položen základ nehodný a ten, ježto by se věřiteli nelíbil, a dlužník měl by jiný statek očitý, má jej věřiteli svému ukázati, chce-li ten ukázaný statek přijíti a toho jemu věřiti. To při tom stuoj, nechtěl-li

by pak na tom přestati, má to dlužník zpraviti, že mimo ten okázaný statek, čím by věřitele svého odbyl, jiného nemá, a když to zpraví, teprův odhad jíti má a věřiteli takový statek v moc jíti a on s ním učiň jako s svým vlastním.

J í m á n í. Kdožkoli se jímá zde v městě právem pro věci kradené nebo jiné vajstupky k tomu podobné a nepořádné, když by byl původ, tu se rychtáři více dáti nemá práva jemného nežli II½ gr. čes. jako od obstavuku, a po čemž by koli původ šel a nač se táhl, tak že by jeho věci byly, k tomu ničememuž rychtář sahati nemá, leč by mu co dobrovolně za práci učiniti chtěli, neb kdo se čeho jímá, ten to obstavuje, aby to při právu zuostalo dotud, dokudž ten toho neprovede, že jest se toho spravedlivě jel. Po čemž by pak sám rychtář šel a koho v jakém zlém skutku postihl, má to v radě oznámiti a dále při tom, jakž mu rozkázáno bude, se zachovati.

C i z o l o ž s t v o, m o r d o v é. Pro cizoložstvo, pro vraždu aneb pro některý jiný veliký účinek neslušný, vzal-li by koho rychtář k právu, má hned nazajtří jeho v radě oznámiti a postaviti, a pokudž na něm se právem pokuta najde, také rychtáři tu, co by mu náleželo, se oznámí. Jestliže by pak koho tajně a ukrytě pro takové zlé skutky vezma je šacoval, jich neoznámě, tajně jaké smlúvy s nimi činil, má s něho úřad rychtářský sňat býti, a což by tou smlúvou přijal k sobě, má to hned do rady pánuom položiti.

V ě z ň o v é. Dal-li by kdo koho pro dluh neb pro jiné které věci do vězení, má rychtář hned s týmž vězněm původu ku právu rok položiti do třetího dne pořád zběhlého, a tu nestál-li by původ a toho vězně z ničehehož nevinil a po právu nešel, právo dále v vězení jeho držeti žádnému povinno není.

Z a t ý k a č i. Což se zatýkačův od soudův zemských i jiných práv vyšlých dotýče, to ku právu rychtářskému náleží, aby ti, kdož by při právu čeho žádali, práva dosíci podle zatýkačův mohli, a rychtář nynější i budúcí takových zatýkačův žádných na p. purkmistra a pány stahovati ani jich tam podávati nemá, poněvadž to k práci jeho vlastnie náleží, a také rychtář žádných zatýkačův sám přijímati ani koho zatýkati bez původu nemá.

V a n d r o v n í č e l e ď. Což se pak vandrovní čeledi dotýče, z té pokuty bráti má, však kteráž co proti právu, panskému roz-

kazu vůbec oznámenému učiní a vajtržnosti noční působí, II½ gr. čes. toliko a víc nic.

Kurvy a nevěstky. Poněvadž v tomto městě ten hřích cizoložstvo nad jiné hříchy se rozmohlo a zniklo, takže pro zlehčení a jako obyčejnost toho hříchu již taková mrzkost hanebná více za kratochvíl nějakú nežli za hřích se počítá a pojímá, protož aby taková hanebnost zkažena a přetrhována býti mohla, při všech obyvatelech města tohoto, bohatých, chudých, sousedech, podruzích, všelijakých jiných lidí s pilností a přísně pod trestáním od pana purkmistra a pánův rychtáři nynějšímu i budoucímu se poroučí, aby takové neřády cizoložstva, kurevství, šantročtví, svády vyhledával úřadem svým a žádnému toho nepřehlídal, buď kdo buď; jestliže by se pak toho z soused aneb měštěk dotýkalo a oni by sami skutečně těch se hanebností dotýkali aneb jiným toho u sebe dopustili a trpěli, a tím se obchoditi chtěli, takové každé aby ku právu bral a je pánuom do rady oznamoval, a pokudž mu se dále o tom poručení stane, tak aby se choval, nemohl-li by pak sám čemu dostatku učiniti a pánuov by v tom za naučení žádal, tím opuštěn nebude.

Jestliže pak mimo předepsané artykule, a ježto by toho tuto znamenáno nebylo, zprávy, naučení, rady kdy v čem by potřeboval s strany úřadu rychtářského a to na pana purkmistra a pány vznesl k přetržení zlého a k rozmnožení dobrého, chtí mu v tom ve všem radni a pomocni býti.

(Liber vetustissimus privilegiorum et aliarum rerum memorabilium Veteris civ. Prag., ms. arch. urb. Prag. No. 993 pag. 271).

---

*Dr. V. Bušek:*

## Ležení (obstagium) v právu církevním.

Institut ležení, jehož stopy hodláme sledovati v právu církevním, je kuriositou civilního práva v dávném středověku.

»Ležení« spočívalo v tom, že dlužník nebo jeho rukojmí se zavazovali pro případ nesplnění hlavního dluhu, se odebrati na určité místo, kde na vlastní útraty se budou zdržovati až do úplného uspokojení věřitele. Subjektem ležení byl pravidelně dlužník nebo jeho rukojmí, eventuelně i s čeledí a koňmi, podle úmluvy. Vyskytují se však i případy, že leží věřitel, neboť ležení,

byť přinášelo částečné omezení osobní svobody, bylo spojeno s životem velmi veselým, hostinami a pitkami velmi nákladnými; ležení často ruinovalo dlužníka úplně, takže docházelo k prodeji jeho všech statků. Pro tyto špatné stránky bylo ležení počínajíc 14. stoletím partikulárně zakazováno, byť se i fakticky udrželo až do 17. století.

V případě když obstagium vykonával rukojmí, měl proti hlávnímu dlužníkovi týž regres jako pro hlavní dluh. V dokumentech též nacházíme, třebaže jen zřídka, obst. reciprocum, kdy rukojmí si zavazuje hlavního dlužníka k ležení jako záruku za škodu rukojmi z ležení vzešlou.

Ležení není omezeno na žádný stav. Ačkoli největší počet dokumentů, jež se nám zachovaly, uvádí smlouvy o ležení mezi šlechtici a kláštery, je ležení známo i u všech ostatních stavů, městského i selského (zde jmenovitě na sklonku své existence). Ležení je známo i mezi osobami právnickými, městy a kláštery.

Závazek, který ležením se zaručuje je též nejrozmanitější. Vedle dluhu peněžitého, je to věno, darování, zachování míru, náhrada škody, jež se tu zaručují.

Místo ležení určuje se ve smlouvě. Buď je to venkovský statek věřitelův, hostinec, město, kde na své útraty dlužník se zdržuje až do úplného zaplacení hlavního dluhu i útrat. K tomu přistoupil z římského práva jako způsob se osvoboditi — cessio bonorum. Tato c. b., která nebyla při dluzích fisku přístupná (zde se ostatně udrželo ještě osobní vězení soukromé pro dluhy fisku) stala se předmětem útoků během 14.—15. stol. se strany věřitelů, kteří jím byli de facto zkracováni. To mělo za následek zánik cesse bon. při obstagiu.

Obstagium, jak jsme je tuto vylíčili, vznikalo smlouvou; závazek potvrzován přísahou, ale vzniká i mimopřísežně. —

Původ jeho jest nejasný. Ve třináctém století jest již obecně rozšířen. Nejvíce byl zkoumán v Německu a Švýcarsku. Ve Francii Esmein: Etudes sur les contrats p. 128, Viollet, Etablissements de St. Louis, 226 a seq., Viollet, Histoire du droit franc. 594 uvádí tento institut velmi stručně jako přechodné zřízení práva franc. Specielní velmi pěknou studii mu věnoval Le Fort: L'obstagium dans le très ancien droit franc. (Revue de la legislation moderne 1874), kde cituje též literaturu německou a švýcarskou. Dle nejmodernějších výzkumů tuto uvedených,

klade se počátek do prvních křižáckých válek. (Friedländer, Das Einlager, Le Fort l. c.) Autoři se shodují v tom, že obstagium bylo církví hojně užíváno a favorisováno; nedodržení slibu se stihalo často exkomunikací a interdiktem lokálním. —

Tolik jako úvod, jenž v stručnosti obsahuje vše co o obstagiu jako institutu práva civilního je známo. V uvedeném je několik momentů, jež mohou interesovati kanonistu. V prvé řadě je to obecná otázka, jak dalece vůbec v právu církevním se tento institut objevuje. I když rádi připustíme, že tu jde o institut vzniku čistě civilněprávního, přece jen ta okolnost, že obstagium církvi bylo známo, jí používáno a favorisováno in genere v nás vzbuzuje otázku, jak se církevní právo zachovává proti němu, jak si je event. upravuje, které problémy církevně právní při jeho recepci vznikají. Mimo to jsme se snažili zjistiti v právu kan. stopy, jež by nám pomohly precisovati datum vzniku i territorium rozšíření obstagia. K této generální otázce nám odpovídá pouze jediný canon inserovaný do Corpus. J. can. Je to c. 9. X. II. 24. (Alexandra III. r. 1159—1181) opatovi Turonenskému.[1])

Dekretál sám, jehož datum nemůžeme precisovati leč v mezích roku 1159—1181 (Friedberg, pozn. 2. ad c. 9. X. II. 24.) je té formy, že papež povoluje opatovi a mnichům užívati a dodržovati závazky obstagia. Obstagium tu vystupuje zjevně jako zřízení civilní, jehož církev užívá a zachovává.

Procházíme-li však glossatory cit. canonu, nacházíme v nich

---

[1]) c. 9. X. II. 24. (Alexander III. (r. 1159—1181). Monachi qui pro debito monasterii iurant stare in obstagio, et fideiussores, qui iuraverunt creditorem indemnem servare, iuramenta servare coguntur.

»Ex rescripto quodam, quod nobis est praesentatum, manifeste nobis innotuit, R. quondam abbatem Tremensem cum Petro super summa octo millium solidorum taliter convenisse (Et infra.) Super haec praedictus abbas quosdam ex monachis obsides dedit, qui de observanda conventione iuraverunt, ut, si ipsi deficerent, alii monachi loco eorum in obstagio ponerentur. Insuper, si fidem dicti monachi non servarent, abbas dedit eidem V. et eius uxorem fideiussores, qui similiter fidem praestitisse dicuntur. Ideoque mandamus, quatenus tam abbatem quam monachos, quam V. et uxorem ipsius studiose monere curetis, ut, sicut iurarunt, eandem conventionem faciant adimpleri, alioquin eidem abbati et monachis ingressum interdicatis ecclesiae, et in terra praefati V. et uxoris eiusdem usque ad dignam satisfactionem inhibeatis divina officia celebrari.«

podrobnosti zajímavých daleko více, které nás odškodní za jedinečnost a stručnost can. 9. Právě ta okolnost, že dekretalisté šířeji se zabývají obstagiem než C. J. c. svědčí tomu, že byla to církevní praxe a věda, jež se tu vyrovnávala s civilním zřízením. S tohoto hlediska je zkoumání obstagia poučným pro učinění si názoru o tom, jak církevní právo a praxe reaguje na problemy, s nimiž se na svém pochodu středověkem setkává.

Pokud se otázky, kterou jsme s vrchu položili, týče, shodují se Panormitanus, Johannes Andreae, Hostiensis, podávajíce doslovně stejně definici obstagia: »In hostagio si qui tenentur ex conventione iurata non exire certum locum quousque fuisset de pecunia satisfactum, et est hoc verbum vulgare quasi ubique in lingua latina et specialiter in Francia, Burgundia et Provincia.«

Panormitanus rozšiřuje tento výpočet na Italii.

Z toho vidíme, že jde o institut již obecně známý a rozšířený, jehož definice je právnicky již ustálená.[2])

Zjišťujeme-li z uvedeného, že obstagium bylo rozšířeno ve Francii i Italii, nenacházíme zmínky o čase vzniku. Přes to však přikloňuji se k názoru, že vznik dlužno hledati v prvních válkách křižáckých. Skutečně nejstarší dva dokumenty cit. Le Fort l. c. z r. 1096 jsou učiněny[3]) za analogických okolností šlechtici od-

---

[2]) Panormitanus. (De iureiurando, c. Ex rescripto). »Et est obstagimu conventio iurata, vel alias obnoxia, adstringens quem ad non exeundum de certo loco, donec fuerit principali conventioni satisfactum. Et est secundum Hostiensem communiter vulgare linguae Latinae, maxime in Francia, Lombardia et Provincia et utimur hodie hoc communiter in Italia.

Cf. Novellae Joannis Andreae in quinque libros decretalium Greg. IX. (de iureiurando, c. Ex rescripto.)

Hostiensis: Lectura in quinque decretalium libros Gregorii IX., de iureiurando. c. Ex rescripto. »In hostagio qui tenentur ex conventione iurata non exire certum locum, quousque fuisset de pecunia satisfactum, et est hoc verbum vulgare quasi ubique in lingua latina et specialiter in Francia, Burgundia et Provincia. (Praeterea super hoc.)

[3]) Le Fort, str. 411.; listina z 12. IV. 1096. Achard de Montmerlé, odcházeje na křižovou výpravu se zavazuje klášteru v Cluny: Ego et fideiussores mei intra castrum Roberterium nos in custodiam trademus et non exeamus inde donec totum emendatum sit et ad sententiam seniorum Cluniacensium bene pacificatum. (Uveřejněna v Documents inédits pour servir à l'histoire de Dambes I. n. 28.).

Listina z 24. 8. 1096 (z Cartulaire de Saint Victor de Marseille, n. 143. str. 167 t. I. v »Documents inédits sur l'histoire de France) učiněna

cházejícími na křížové výpravy, při čemž jejich rukojmi se zavazují k ležení jako záruku, že pořízení odcházejícími křižáky učiněná budou dodržena. Držíce se této hypothesy můžeme si snad vysvětliti proč církev in genere favorisovala tento institut. Je to táž causa, která res cruciatorum přiřkla do kompetence církevního soudnictví.

Obstagium vnášejíc garancie a jistotu do závazků odcházejících křižáků, podporovalo eo ipso křižácké války. Vyskytá se interes. příležitost zastávati mínění, že forma obstagia per fideiussores je současná ne-li prioritní proti obstagiu hlavního dlužníka. Neboť držíme-li se teorie tu podané, odchází hlavní dlužník na výpravu křižovou a jsou to rukojmí, obsides, jež za sebe tu zanechává v ručení.

Ačkoli však teorie o causa cruciatorum je velmi na snadě, vzhledem k citovaným dokumentům a tendenci círk. práva, res cruciatorum favorisovati, zůstává teorii velmi hypotetickou.

Možno však ještě z jiného důvodu, a to s určitostí, odvoditi důvod, proč církev tento institut podporovala.

A sice ex causa iuramenti (serment).[2]) Āčkoliv obstagium může vzniknouti i mimopřísežně, (viz zajímavou poznámku u Panormitana (2), zdá se, že při svém vzniku přísaha byla jeho podstatnou náležitostí. Ve zmíněné definici dekretalistů se mluví pouze o conventio iurata, která zakládá závazek ležení.

Mimo to je pozoruhodné, že dekretalisté současně řeší otázku, mohou-li mniši zavazovati se vůbec, specielně pak přísahou, k povinnosti obstagia, jež je zavazovalo porušiti klausuru.

Budeme míti ještě příležitost o této specielní stránce obstagia vzhledem k závazku klausury pojednati. Zde pouze zdůrazňujeme tu okolnost, že dekretalisté mají na mysli pouze obstagium přísahou potvrzené.

Avšak pouhá přísaha nemá v novějším právu za následek trest tak přísný jako exkommunikace nebo docela interdikt,

---

Gaufredem a jeho bratrem Guigo klášteru S. Victor de Marseille. »Nobis autem supradictis monachis placitum istud fecerunt et fideiussores nobis dederunt. Arbertum de Melna et Aichardum de Madelgas, fide sura nobis promittentes, ut si quis hunc placitum violaverit, isti iam dicti milites in castello de Signia, in potestate nostra veniant, atque inde non recedant, donec eos abbas Massiliensis seu prior sive cellararius major eos absolvat.«

lokální nebo generální. Hostiensis praví ve své Lectuře »Potest igitur liber homo obligare se ut certum locum non exeat, quousque debitum fuerit persolutus, ut hic vel excomunicetur aut terra sua interdicatur.«

Panormitanus upozorňuje na tento trest jako na velmi pozoruhodný, jeho době již neznámý:

»Nota mirabile, quod tota terra potest subici interdicto, ex eo, quia dominus non servat conditionen iuratam, etiam si conventio concernat commodum pecuniarum et privatum interesse. Hodie vero ipso iure est nullum interdictum latum in aliquem locum pro pecuniario debito.«

Je patrno tudíž, že sankce exkom. a interdictu pro zadržování dluhu je vlastní praxí církevní pouze v nejstarší době.[4])

Je pak si přisahající vědom těchto důsledkův a proto též Hostiensis má i exkom. a interdikt již v definici obstagia v těsném spojení s přísahou dlužníkovou, jenž vědomě na sebe ony důsledky již ve formuli přísežní uvaloval.

Zkoumáme-li v Lectuře Hostienského kapitolu »Praeterea super hoc« na niž se v svrchu uvedené citaci odvolává, v těsné spojitosti s definicí ležení vidíme, že Hostiensis si tu klade otázku, lze-li exkomunikaci jako trest na nedodržení závazku již předem si vyminiti ve smlouvě dlužníka a věřitele, což nás oprávňuje k úsudku, že i ve smlouvách o ležení tento trest byl výslovně předvídán. Ježto pak dle předpisů práva kanonického exkomunikace neb interdikt může býti vzhledem k své povaze censury církevní uvalena jen tehdy, je-li tu na straně viníka obmyslné prodlení, a tvrdošíjnost, zaviněné neplacení, lze říci, že všechny tyto předpoklady nacházíme v případě svévolného vzdálení se z ležení neb jeho nedržení; (cap. Caeterum de iudiciis, cap. 53 de appelationibus cap. 3 de poenis, decr. Greg. C. XI. q 3 nemo episcoporum a C. XXIV q 3. nulli sacerdotes.)

V každém případě jsme oprávněni předpokládati, že exkomunikace byla už ve formuli přísežní předvídána. K tomu

---

[4]) Le Fort l. c. str. 432, pozn. 58. Biskup ženevský slibuje Guigovi, že bude exkomunikovati obsides pána z Faucigny »item promisimus eidem Guigoni, quod obsides iuratos quos dedit dom. de Faucigniaco pro dictis pactionibus observandis, excomunicarenus, si obstagia non tenuerint que observare dicto Guigoni juramento prestito firimaverunt (ze 4. 12. 1241. Memoires et documents de Genève).

též vede obvyklá formule všech smluv středověkých, zv. »nisi«, kde se kontrahent, kdyby nesplnil to, k čemu se zavazuje, podrobuje kanon. trestům.

I když tudíž v dokumentech námi citovaných jsme nenašli formuli přísežní, která by toto naše mínění potvrdila, jsme přesvědčeni, že taková formule existovala.

Bonifác VIII. zrušil možnost uvalovati interdikt bez výslovného svolejí papežského.[5])

Je tudíž přísaha, se specielní svou formulí, která je pro právo církevní tak rozhodující. Rovněž důležitou jest ovšem ta okolnost, že církevní ústavy via facti participují hojně na instituci obstagia. Tu však vnikají pro kanonisty nové problémy, jichž řešení je zajímavo sledovati. Je to v prvé řadě problém, kdo se může k obstagiu zavazovati.

Pokud se civilních osob týče, uvádí Hostiensis na paměť ustanovení řims. práva, že otec nesmí syna svého leč v nejvyšší nouzi dáti věřiteli do otroctví; že toliko, liber homo se může zavázati. Vliv práva římského je tu velmi znatelný a zajímavý. Však kanonisté hlavně se zabývají otázkou, mohou-li mniši zavazovati se k obstagiu. Vzniká tu vůbec obligace, obligace naturalis či pravá obligace?

Podstata obstagia je v tom, že dlužník se odebéře na určité, mu vykázané místo, kde jest až do ukojení věřitele. Nuže, jako ryba bez vody, tak mnich nemůže žíti bez klausury, praví Hostiensis v cit. Lectura. Od tohoto závazku ho nemůže ani opat odvrátiti a každého mimo klášter se zdržujícího má přiměti k jeho povinnosti. Že by mnich mohl býti proti své vůli zadržován mimo klášter o tom nelze ani mluviti.

Innocentius IV. cituje známý can. ne quis suadente diabolo proti tomu. Takové provinění se stíhá exkomunikací. Mniši sami dobrovolně se též nemohou dáti do moci laiků, jinak by téže podlehli exkomunikaci.

---

[5]) Extrav. communes V. X. 2. Bonifác VIII. r. 1302. »Provide attendentes.« Nos enim ex nunc decernimus irritum et inane, si secus hactenus exstitit attentatum, vel contigerit attentari, illudque revocamus omnino, non obstantibus quibuscumque contractibus... nisi talis suppositio interdicti hactenus foret facta vel in antea fieret de apostolicae sedis speciali licentia et expressa per ipsius sedis patentes literas apparente. Cf. Gonzales, Commentarium in Decretales c. Ex rescripto.

Vždyť nemají své vůle, jsouce zplna podřízeni disciplině opatově. Tento sám, jak svrchu řečeno, nemá práva rušiti klausuru mnichů. Bylo tudíž třeba, jak poznamenává Johannes Andreae, autority papeže, jenž by tento problem rozřešil. I tu pak opat může povoliti jen části mnichů ležeti mimo klášter, pouze dočasně a k vůli užitku a nezbytnosti kláštera. Povinností opata je pak dluh splniti, mnichů poslouchati opata a ležeti za dluh nesplacený.

Ještě jiná formální otázka vznikla, zda obligace mnichů je naturální nebo skutečná.

Hostiensis tvrdil, že je pouze naturální, ježto mnichové nemají právně svou vůli.

Panormitanus dokazoval, že je tu skutečná obligace, přistoupí-li souhlas opatův, jenž doplní resp. nahradí vůli mnichů. Jinak bez souhlasu opatova že nevznikla vůbec obligace.

To jsou problémy, které mohou zajímati kanonistu sledujícího stopy obstagia v právu církevním. Omezili jsme se na zkoumání nejvýznačnějším dekretalistů středověku. Další dokumenty jež snad se naleznou, přispějí k potvrzení názorů zde vyslovených.

Obstagium, zajímavé jako kuriosita práva civilního, tvoří uzavřený časově zjev v řádu práva středověkého. Aby obraz o něm byl úplný, nepovažovali jsme za bezúčelné ukázati na jeho reflexy v právu církevním.

---

*Dr. Bohuš Tomsa:*

## Moderní italská právní filosofie

### I.

Nejnovější právní filosofie italská, o níž hodlám psáti, neposkytuje nějakého uceleného obrazu, myšlénkové jednotnosti, nemá také obecně uznaných autorit. Není tu ani směru, o němž by bylo možno tvrditi, že jest vůdčím. Setkáváme se zde s ideovou roztříštěností a různorodosti nejen v zásadních hlediscích, ale i v programových podrobnostech, tak že i uvnitř téhož směru nalezneme theorie mnohdy sobě značně vzdálené. — Obecně nelze říci, že italská právní filosofie poslední doby jest převahou buď idealistická nebo převahou positivistická: neboť, mohl-li by

se positivismus vykázati poněkud větším počtem svých zástupců, mluví naproti tomu ve prospěch idealismu intensitní stránka, s níž právní filosofii vzdělává. Je tedy rovnováha na obou stranách as stejna, a proto nějaká celková charakteristika jest vyloučena.

Interess, s nímž se právní filosofie v Italii pěstuje, jest obdivuhodný. Dnes, kdy právní vědy dosáhly snad vrcholu positivnosti a vědeckosti, zdálo by se — béřeme-li v úvahu ne-li již dokonce odmítavé, tož aspoň zdrželivé stanovisko, s něhož moderní věda ráda filosofii hodnotí — že tato disciplina nebude valně favorisována s officielních míst, s nichž se právní věda podává právnickému dorostu, ani mimo ně. Zatím je tomu pravý opak: podmínky pro studium právní filosofie jsou na italských universitách snad nejpříznivější. Většina právnických fakult obsazena jest řádnými (nebo mimořádnými) professory právní filosofie, a větší z nich i několika docenty; z právní filosofie dlužno skládati i povinné zkoušky. Tak udržován jest zájem o disciplinu, která v jiných zemích naráží na menší nebo větší neporozumění. Tomu odpovídá i stav italské právně-filosofické literatury, která je ohromná. Zejména v létech předválečných produkce v tomto oboru byla téměř překotná, zjev to, který vědě namnoze neposloužil, veda v zápětí k jejímu zpovrchnění a znehodnocení. Za války chvat ten poněkud ustal, ale proud se obrátil jiným směrem, k t. zv. válečné literatuře. Studován fenomen války po všech stránkách — sociologické, právnické, politické, činěny i závěry pro budoucnost a budovány theorie mající za předmět příští úpravu mezinárodních poměrů a vrcholící v problemu trvalého míru; ale výsledek těchto časových a mnohdy i místními poměry diktovaných úvah není pro právní filosofii značný, až na několik výminek, při nichž jde o theorie vskutku trvalé hodnoty.

Při této óbsáhlosti právně-filosofické literatury jest velmi obtížno podati v této poměrně stručné studii věrný a podrobný obraz dnešního stavu italské právní filosofie; to vyžadovalo by knižního rozsahu. Proto úkol této úvahy může býti jen velmi omezený: načtrnouti nejhlavnější idee a nejobecnější obrysy těch theorií, kterým s hlediska právního filosofa možno přiřknouti poněkud větší význam.

Především však třeba naznačiti, co rozumíme slovem »moderní« právní filosofie italská, a které směry jako moderní kva-

lifikujeme. Odpověď na tyto otázky usnadní nám malá retrospektiva do minulosti, která periodě, o níž pojednáváme, předcházela.

Do šedesátých let minulého století udržoval se v italské filosofii převahou idealistický duch přecházející tu a tam v theologismus; tento rys nese i tehdejší právní filosofie: právněfilosofické systemy budují se na základě racionalistických principů universální platnosti, a právo považuje se za realisaci boží myšlenky ve světě. Po šedesátých létech nastává však převrat, který různou měrou odehrál se v jiných zemích, a který připravován byl celkovým duchovním stavem, k němuž především přispěl pokrok positivních věd. Převrat ten je charakterisován odporem proti idealismu a — ježto ruku v ruce s idealismem šla filosofie — skeptickým nazíráním na filosofii vůbec. Protiidealistické hnutí začalo a projevilo se nejostřeji v Německu, kde idealismus doznal největšího rozvoje, nadobro si podmaniv filosofii; proto reakce tam byla velmi silna a došla výrazu nejprve v éře materialistické, která se pak zmírnila v positivismu. — Podobný otřes zachvátil Italii, měl však ráz daleko klidnější a méně radikální. Neboť v Italii nebylo předpokladů pro tak hluboký převrat; italský duch jevil vždy vedle záliby spekulativní i sklony positivistické; proto starší italská filosofie, třeba že převahou idealistická, nedávala přece jen zcela výhost historismu a positivismu. Z toho důvodu nedošlo v Italii k protiidealistické fási materialistické, nýbrž jen k fási mírného empirismu, jinými slovy, k fási snažící se budovati filosofii na základech vědeckých. Tato filosofie podvolila se ovšem vlivu vědeckých proudů přicházejících z ciziny, ale při tom neopustila myšlének oněch velkých domácích filosofů, které lze považovati za předchůdce positivismu. (Zejména Vica a Romagnosiho.) — Vlivu protiidealistické reakce zakusila i právní filosofie: a tou chvílí, co do ní začíná intensivněji pronikati positivistický duch, rodí se zjev, o němž se v Italii tolik nadiskutovalo, a který dal vznik celé literatuře, zjev, který se označuje jménem krise v právní filosofii italské. (K tomu srv. Puglia: Stato attuale della filosofia giuridica in Italia, Milano 1907.)

Nelze upříti, že vedle positismu přispěly i jiné příčiny ku vzniku krise v italské právní filosofii, avšak hlavní zásluha o ni náleží novému positivnímu vědeckému duchu, který si v druhé polovici devatenáctého století razí cestu do všech vědních oborů;

neboť před novými měřítky které sebou přinesl, stará právní ideologie nemohla v nezměněné podobě obstáti. Právní filosofie přes své positivistické náběry byla přece jen převahou stavěna na racionalistických předpokladech: byla prostě v základech filosofií idealistickou. Když tedy positivismus popřel oprávněnost idealismu, otřásl i samotnými základy právní filosofie. Po úspěších positivismu nebylo již filosofické zkoumání o právu samozřejmostí, jako prve, ale problémem, který se teprve měl rozřešiti. Bylo třeba vzíti v úvahu okolnosti, o nichž před objevením se positivismu neuvažováno, a tázati se, zda, za jakých podmínek a na jakém základě má býti právní filosofie budována. V důsledcích toho právní filosofie ocitla se před nutností zodpověděti si řadu praejudiciálních otázek rázu noetického, metafysického a čistě logického t. j. vybudovati si zprvu jakási prolegomena k budoucí možné právní filosofii. Situace však byla komplikována tím, že positivismus vytvořil si své nové vědy, jako sociologii a srovnávací pravovědu, které se dotýkaly přímo základních otázek, jež řešila právní filosofie; a to vyvolávalo novou pochybu, zda právní filosofie vedle těchto disciplin má vůbec nějaké oprávnění.

Řešení krise právní filosofie dálo se v Italii s velkým zájmem, dobře pochopitelným, béřeme-li v úvahu dlouhou a slavnou tradici této discipliny v oné zemi. Dokonce nalezlo i silný ozvuk v centru vyučovací správy, kde uvažováno o tom, nemá-li se právní filosofie, vykládaná na universitách, vypustiti z programu přednášek.[1]) Situace byla z prvu pro právní filosofii nevalně příznivá, ale posléze rozhodlo se ministerstvo přece jen ji zachovati v řadě vyučovacích předmětů. — Rovněž v této době tápání působilo tísnivým dojmem, když dva věhlasní professoři právní filosofie, Gabba a Filomusi-Guelfi — patrně v předpokladu nepříznivého výsledku, k němuž krise spěje — zaměniti svůj předmět za předmět jiný.[2])

[1]) Otázka ta vynořila se poprvé za ministra Bonghiho v roce 1874, později pak v roce 1890 a 1902, když se jednalo o reformu vyučovacího řádu na universitách.

[2]) O krisi v právní filosofii italské srv. zejména: Carle: La crisi nella filos. del diritto, Torino, 1901; týž La filos. del dir. nello stato moderno I. 1, Torino 1903, str. 387 nn. — Vanni: Il problema della fil. del dir. nella filosofia, nella scienza e nella vita ai tempi nostri, Verona 1890. — Fra-

V krisi italské právní filosofie lišil bych dvě stadia: první začíná zasažením positivismu (kolem r. 1870) a končí přibližně rokem devadesátým minulého století. Jest to doba vzájemné konkurence positivsmu s idealismem, skrytého i zjevného zápasu mezi nimi, doba prvních pokusů o smíření obou protivných směrů. A to je rys, který směrům této éry dodává ráz přechodní periody od éry předpositivistické k éře nejmodernější. Ale směry ty mají v sobě i cosi, co je váže k době předchozí, a to jednak sklon k budování systematických filosofických synthes, jednak tradiční způsob formulace právně filosofických problémů, ale i postup při volbě filosofického základního hlediska. Setkáváme se tu totiž zpravidla se směry, které se prostě staví na stanovisko positivistické, idealistické nebo kompromisní, aniž by provedly předem důkladnou kritiku filosofických předpokladů se zřetelem k oboru právních jevů. V této periodě positivismus nebo idealismus je spíše plodem víry než vědeckého zdůvodnění.

Naproti tomu stadium nejnovější, které začíná as léty devadesátými, a jehož týká se naše pojednání, má ráz v značné míře odlišný. Není kritickým jen v tom smyslu, že prodělává krisi, ale i proto, že se svého úkolu chápe kriticky, že k řešení otázky o možnosti a oprávněnosti filosofie práva snaží se přistoupiti s programovou »tabula rasa«, že kritikou hodlá se programu teprve dopracovati. Nezůstává při povrchu věci, ale sestupuje až ke dnu, k posledním předpokladům právní filosofie, k problémům noetickým a metafysickým. Chce se uvarovati chyb, v něž upadala starší právní filosofie, a proto se snaží přesně vytknouti její předmět a stanoviti její meze. Kritika této periody má již svůj systém a řekl bych, i svou dogmatiku. Zprvu jest oprávněna a věcna, později se stává šablonovitou a nudnou; kritická perioda přechází prostě v hyperkriticismus. Stále kritisuje a buduje programy, ale nepodává systému. Jest příliš logickou, noetickou a ethickou, málo však právnickou. Teprvé poslední dobou jeví se intensivněji snaha opustiti negativní strán-

---

gapane: Obbietto e limiti della filos. del dir. Roma 1897. — Biavaschi: La crisi attuale della filos. del dir. Udine 1913. — Cimbali Gius.: Per l'insegnamento della filos. del dir. in Italia, v Saggi filosofici di filos. soc. e giur. Roma 1903 str. 263 nn. — Del Vecchio: I presupposti filosofici della nozione del diritto, Bologna 1905.

ku právně filosofických studií a nastoupiti cestu positivní práce na kriticky vybudovaných základech. (Na př. del Vecchio, Pagano, Montemayor a jiní.)

Možno tedy úhrnem říci, že charakteristický rys moderní právní filosofie italské — o níž hodláme pojednati — jest převahou kritický a programatický; to je znak, který lze vytknouti jako společný všem směrům tohoto období, a také jediný, který je k sobě poutá. A zdá se, že tato éra přes veškeré opačné symptomy dosud není skončena a potrvá ještě nějaký čas i v budoucnosti. Je tudíž třeba v budoucí úvaze zachytiti myšlenkové ovzduší dosud ne zcela hotové, ale fluktující a vyvíjející se. A v tom spočívá obtížnost našeho úkolu: neboť nutno tu uzavříti v pevné formy to, co se vyvíjí a teprve nabývá určitých obrysů.

Ale nese-li zmíněné období ráz především kritický a programatický, neznamená to, že by nadobro chyběly pokusy o filosofickou synthesu právního řádu. Pokusy o takovou synthesu jsou; jsou však z zpravidla rázu parciálního (na př. Petrone v Il diritto nel mondo dello spirito a Pagano v Individuo), jen výjimkou rázu obecného (Vanni v Lezioni di filos. del dir.). Jestliže tedy stará právní filosofie vynakládala veškeré úsilí na to, aby zbudovala uzavřený filosofický system práva, jsou takové pokusy v posledním stadiu vskutku výminečnými. —

Je obtížno usnadniti si přehled moderních právně filosofických theorií nějakým rozdělením této periody na kratší podobdobí; jen s jistými výhradami dá se tvrditi, že první její desítiletí (tedy as léta 1890—1900) je dobou rozkvětu theorií positivistických (Vanni, Fragapane, D' Aguanno, Anzilotti), kdežto druhá dvě desítiletí nesou ráz obnovy filosofie idealistické (del Vecchio, Petrone, Bartolomei, Ravà a j.). Nelze-li tedy s hlediska vnějšího, časového zjednati přehled moderních právně filosofických theorií italských, třeba se o to pokusiti s hlediska materielního, jakožto slibnějšího pro usnadnění systematického a přehledného výkladu všech směrů sem spadajících. Toto hledisko je dáno samou povahou této periody, základním problémem, který veškeré moderní theorie buď výslovně nebo mlčky předpokládají. A to jest problem noetickoontologický.

Na právo mohu se dívati dvojím způsobem. Buď je chápu jako fenomen a spokojuji se s relativní skutečností, kterou mi

smysly podávají nestaraje se o to, zda a co se nachází za zjevem práva; nebo se právo snažím vystihnouti v jeho absolutnosti a nepodmíněnosti, nedůvěřuje smyslům, které mne mohou klamati; v tomto případě pak obracím se od smyslů k rozumu a hledám v něm poslední zdroj právního poznání. Toto jest these idealismu, ona positivismu. Ježto kolem této antithese točí se v podstatě krise právní filosofie, vyplývá mi z ní principium divisionis pro první a nejširší rozdělení moderních právněfilosofických italských theorií. Ale uvnitř idealistických theorií shledáváme se zase s dvojím odlišným hlediskem: zatím co jedny považují právo za produkt objektivního ducha, pokládají je druhé za produkt immanentní rozumové aktivity poznávajícího subjektu; v prvním případě jde o idealistickou koncepci objektivní (idealismus objektivní), v druhém subjektivní (idealismus subjektivní). — Naproti tomu v positivistických theoriích činí se pokusy redukovati fenomen práva, na fenomeny vyššího řádu, zejména na fenomen společenský, sociálně psychologický a oekonomický, nebo se jeví snaha vykládati jej historicky a naturalisticky. Na tento způsob obdržíme následující schéma theorií zastoupených v italské moderně:

1. Theorie idealistické: a) objektivistické,[5]) b) subjektivistické;

2. theorie positivistické: a) sociologické, b) sociologicko-psychologické, c) historicko-materialistické, d) historické a e) naturalistické.

## II.

Bylo omylem, mělo-li se za to, že v ohni kritiky této periody idealismus podlehne. Positivismus měl sice posici nepoměrně výhodnější než idealismus: výstřelky tohoto směru v minulosti, úspěchy věd, jež používaly method positivismu, slibné vyhlídky sociologie — vše to mluvilo ve prospěch positivistické právní filosofie. Pravda, právnický idealismus s úspěchy jemu nepřátelského směru zejména v osmdesátých a devadesátých létech umdlel; ale neodumřel. Po prvním rozmachu positivismu a řek-

[5]) V souvislosti s objektivistickými theoriemi pojednám z důvodů systematických i o těch theoriích, které vycházejíce z Hegelova absolutního idealismu vyúsťují v subjektivistický spiritualism. To platí zejména o theorii Gentilově a Petronově.

něme přímo, po rozčarovní, které přinesl v zápětí, počíná se idealismus v prvních létech přítomného století znovu intensivněji hlásiti. Dokonce positivismus, který mu usiloval přivoditi pád, přispěl k jeho obnově. Idealistická právní filosofie postřehla slabiny positivismu, a to jí dodalo odvahy. — S druhé strany však nemohla přezírati, že s dosavadní idealistickou výzbrojí nepostačí, a že se musí vzdáti svých ideologických dogmat, jichž neudržitelnost s vědeckým pokrokem stala se samozřejmou. Jinými slovy: idealismus byl nucen učiniti ústupky vědeckému směru, který pronikl do právní filosofie, byl nucen zvědečtiti se. Upustil v celku od závratných abstrakt, s nimiž dříve pracoval a přiblížil se skutečnosti. Není již tradičním jednostranným idealismem, ale idealismem, který je si vědom nutnosti vědecké kritiky. Tento duch jeví se zvláště v theoriích novokriticistů. Tak na př. díla del Vecchiova, Paganova, Bartolomeiho prostoupena jsou velmi silně positivním vědeckým duchem, takže přes základní idealistické hledisko nelze jim upříti vědeckosti. Ale tento rys není obecným: jsou theorie, které nedoceňují obratu udavšího se v právní filosofii, a které si zachovávají jednostranně idealistický charakter; sem lze zařaditi některé theorie, jichž autory byli neprávníci, na př. Gentile Petrone, jichž myšlení nese se kolejemi staré hegeliánské event. fichteovské ideologie.

Dnešní situace italského idealismu podobá se celkem situaci nové právní filosofie německé. Tato totiž nevytvořila si nějakého nového směru, nýbrž vrací se k myšlénkám dvou velkých filosofů minulosti — Kantovi a Hegelovi, chtíc na položených jimi předpokladech budovati dále. Totéž heslo návratu k této dvojici zní i v Italii. Italská právní filosofie je vůbec v značné míře závisla od německé; přes to však má i své zvláštnosti, jež jí dodávají odchylného rázu. Je positivnější, konkretnější, životnější, a není v ní zpravidla germánské těžkopádnosti a rozvláčnosti; uplatňuje se tu prostě charakter italského ducha, jehož světlé stránky došly výrazu ve filosofii Vicově a Romagnosiho, jichž moderní právní filosofie italská nikdy nezapomíná.

Zatím co novokriticismus, v nějž převahou vyúsťuje moderní subjektivní idealismus italský, objevuje se v značnějším rozsahu teprve v druhém desítiletí periody, o níž pojednáváme, sahá objektivistický směr idealistický dále do minulosti, je dokonce přímým pokračovatelem hegeliánské tradice, která kvetla

v Italii v polovici minulého století, a nevyčerpala se jen v čisté filosofii, ale přešla i do speciálních oborů, zejména do právní filosofie. Zde věnujeme pozornost jen několika zástupcům objektivního idealismu, a sice potud, pokud náležejí periodě přechodu od staršího hegeliasmu (event. vichianismu) k moderním objektivistickým směrům, zasahujíce však ještě do periody, o níž pojednáváme.

Jedním z nich, a nejvýznačnějším, jest dlouholetý professor právní filosofie na římské universitě Francesco Filomusi-Guelfi. Tento filosof, který italské vědě vychoval celou generaci právních filosofů, náleží sice svou vědeckou činností převahou před léta devadesátá, ale neméně i periodě moderní, jednak jako učitel, jednak tím, že v nových vydáních svých děl propracovává a zdokonaluje theorii, k níž základy položil už v létech sedmdesátých. Inspirován Hegelem, s nímž se seznámil pravděpodobně prostřednictvím Spaventy, přidržuje se v stěžejních bodech jeho filosofie, jest však dotčen i Kantem a Aristotelem, zejména však filosofií Vicovou. Ale přes rozhodně idealistický ráz jeho filosofie, neuniká mu půda skutečnosti pod nohama. Filomusi-Guelfi snaží se zachovati rovnováhu mezi transcedentní a fenomenickou právní skutečností, přiznati jedné i druhé, co jim náleží. — Vychází totiž z předpokladu, že svět má dvojí stránku: jednu absolutní, ideální, druhou relativní, historickou, fenomenickou. Každá je jen jinou tváří téže skutečnosti, která, je-li zkoumána jako zjev, dává základ vědě, kdežto hledíme-li proniknouti její ideální stránku, ocitáme se na půdě filosofie. Ježto i právo nese charakter jednak ideální — pokud béře účast na absolutnu, jednak reální — pokud jest fenomenem, jest dán již tím samým základ k dualismu právní filohofie a právní vědy: předmětem prvé je absolutní idea práva, předmětem druhé právní fenomen. Tento dualismus konkretisuje se v literární činnosti Filomusi-Guelfově v dvojici spisů: v Právní filosofii (Filos. del dir. I. vyd. 1877, V. vyd. 1915; litografie) a v Právní encyklopaedii (Enciclop. giuridica, Napoli 1875, 2. vyd.).[4])

Za předpoklad filosofického vystihnutí pojmu práva považuje náš filosof analysu lidského ducha; ta nám ukazuje, že du-

[4]) Dále srv. jeho Del concetto del diritto naturale e del diritto positivo, Napoli 1871. a Del concetto della Enciclopedia del diritto, Napoli 1876. Mimo to věnoval se F. G. i dějinám právní filosofie.

ševní činnost béře se dvojím směrem: směrem theoretického poznání a praktické činnosti. Stěžejným bodem praktické činnosti jest princip dobra, a obor, v němž se dobro uskutečňuje, jest oborem ethiky. Jejím předmětem jest hierarchie dober, životních ideálů, vrcholící v nejvyšším dobru, dobru absolutním, jehož obsahem je uskutečnění pojmu lidství t. j. pojmu ideální svobody; i dobra odvozená z absolutního dobra mají hodnotu absolutní nepodmínčnou. Myslíme-li souhrn dober jako ideální požadavek lidského ducha, dospíváme k pojmu ethického zákona, jehož výsledkem je povinnost. Ethický zákon je systém universálních determinací vůle a jednání; universálních proto, že jsou formulovány rozumem, a že se připínají k ideji absolutního ducha čili boha. Je tedy cílem člověka nejvyšší dokonalost, připodobnění se bohu, splynutí s ním.

Ethický zákon realisuje se postupně v idei náboženské, v individuální a společenské mravnosti, v hospodářství, esthetice a posléze v právu, v němž odívá se v roucho garancie, ochrany a donucení. Právo jest organisačním principem, ježto koordinuje a subordinuje individuální činnost a specifické formy sociální činnosti, a tak umožňuje lidské soužití, jež se organisuje v státě. — Právní idea jest universální a absolutní, ježto má pramen v zdroji veškerenstva, bohu; lidská spravedlnost jest jejím derivátem, jemuž ve fenomenickém světě dostává se podoby práva positivního. — Realisace právní idee děje se myšlénkou a vůlí: myšlénka dává právní idei formu, a ta působí na vůli. Ale tvůrcem positivního práva není jednotlivec, nýbrž intellekt a vůle organisované kollektivity, tedy státu, který je právním ústavem občanské společnosti. — Znakem positivního práva je jeho relativnost; přes to v něm ale není relativní vše. Jsou idee, kterých ani positivní právo nemůže negovati. Takovými jsou na př. osobnost a práva z ní vyplývající. Tedy právo positivní je reální a konkrétní: ale síla, která ho pohání, je také ideální. Nelze tedy ve vývoji práva popírati přítomnost momentu ideálního. Byla-li jednostrannou stará theorie přirozeného práva, která uvedený moment přeceňovala, je stejně pochybený směr, který vidí v právu jedině produkt historický. Jest odůvodněna víra v tak zvané ideální, věčné právo, které je v podstatě totéž, co idea práva. Z ní odvozuje si člověk systém racionálních požadavků, které žádají uskutečnění v právu positivním. Tyto požadavky samy o sobě

nejsou skutečným a konkrétním právem, ale stávají se jím, jsou-li převedeny do zákonů; ne-li, zůstávají v oboru pouhého ideálna, ale i pak jsou právními, nejen mravními, ideami.

Ve Filomusi-Guelfově theorii jsou dobře patrny různorodé prvky, z nichž skládá svou theorii; ale přes eklektický ráz jeho učení nelze mu upříti filosofické hloubky a systematického ducha, jímž cizí prvky váže v pevný, ideově celistvý systém. Tento filosof byl si však přes své idealistické náklonnosti vědom, že obnova staré právní filosofie byla by anachronismem, který by nesnesl pokročilé vědecké kritiky. Proto snažil se nalézti střední cestu, která by nebyla negací vědy, a na níž by se současně zachránila i filosofie, o jejíž nutnosti v právním myšlení nezvratně byl přesvědčen. Smyslem jeho theorie jest prostě vědecká theorie na filosofickém základě ,

Filosoficky blízek Filomusi-Guelfimu jest Enrico Pessina, který jest rovněž idealistou, ale ne zcela uzavřeným positivismu, ježto od něj přijímá princip evoluce, ale interpretuje si jej racionalisticky, jako rozvoj forem z absolutního rozumu dle zákona kausality. Sociální problém řeší požadavkem činné a vzájemné lásky, která mu plyne jako důsledek z idee boha, či absolutního rozumu, prvotní to hybné příčiny. Tento požadavek jest v zřejmém vztahu ku Krauseově učení o bohu jako absolutní lásce. — Ale později Pessina své stanovisko pozměňuje a doplňuje. V článku publikovaném v roce 1906[5]) hlásí se k hnutí novokriticistickému, ač nikoli bez výhrad. Neboť — praví — návrat ku Kantovi není vše, čeho zapotřebí k pokroku mravních a právních věd. Jest částí pravdy, ne však celou. Je třeba jíti za Kanta a nad Kanta, ježto jeho principu povinnosti chybí absolutní, objektivní základ. A tento základ možno nalézti ve filosofii Brunově a Vicově a v jich pojetí boha, který je pro prvého posledním principem jsoucna, pro druhého jediným principem a cílem universálního práva. A tak dlužno boha prohlásiti za zdroj spravedlnosti a za slunce bratrského soužití lidstva. Bůh, suverenní idea jest to, co lze nalézti v různosti práv, a co se v nich

---

[5]) Pensieri sulla morale e sul diritto v Studi Giuridici in onore di Carlo Fadda Vol I. Napoli 1906. Jiné právně filos. úvahy Pessinovy jsou vesměs staršího data; vyšly jednak v Discorsi inaugurali, Napoli 1899, a ve Filosofia e diritto, Napoli 1868.

dle konkrétních podmínek, a dle různé míry dokonalosti právního řádu více nebo méně projevuje.

V této pozdější koncepci tudíž Pessina původní Krauseiánskou myšlénku jen italianisuje. Zachovává ji v celku, ale interpretuje si ji Brunem a Vichem. Přes to jeho filosofie, jako Filomusi-Guelfiho, neupadá v skutečný theologismus: pojem boha není oběma náboženským, ale filosofickým — bůh je absolutní myšlénkou, rozumem.

Třetím myslitelem, který připravuje půdu modernímu objektivistickému idealismu v Italii jest vichián Vincenzo Lilla. I v jeho theorii jsou znatelné stopy kritické éry a projevují se v kolísání mezi idealismem a positivismem. Některá místa jeho systému zní velmi positivisticky, ale přece jen zůstává v celku pod vlivem idealismu. Nechce apriorních synthes a metafysických konstrukcí, snaží se však ve vývoji postupně se zdokonalujících sociálních řádů nalézti ideál, k němuž lidstvo spěje. To je v podstatě — vykládá Lilla — i úkolem právní filosofie, která v nynějších právních principech a v jich applikaci na positivní právní řád má hledati racionální základ práva — jeho ideality. Neboť právo se sice projevuje v dějinách, ale obsah jeho je racionální. Právo jest rozumová moc, konformní s nejvyšší a absolutní normou spravedlnosti; a idea spravedlnosti má základ v nezměnitelných zákonech přírody, které jsou výsledkem a zjevením svrchovaného rozumu ve světě. Právo tedy žije v dějinách, ale uzavírá v sobě potenciální racionálnost t. j., právo směřuje k onomu nejvyššímu cíli, jímž je absolutní spravedlnost.[6])

Až dosud mluvili jsme o filosofech, kteří nenáleží v pravém slova smyslu moderní periodě, ale u nichž těžiště jich významu spadá do doby předchozí. Ježto však zasahují i do éry moderní, musilo o nich býti pojednáno; neméně však i z té příčiny, že udržujíce kontinuitu se staršími idealistickými směry a přizpůsobujíce je novému duchu vědy, musí býti považováni za spolubudovatele moderního idealismu právně filosofického. To platí především o Filomusi-Guelfim a Lillovi, kdežto Pessina vykonával spíše vliv na mladší generaci kriminalistů. Zmínění právní

---

[6]) Hlavní spisy Lillovy jsou Filosofia del diritto, Napoli 1880, Manuale di filos. del dir., Milano 1903, mimo menších prací.

filosofové nebyli však jediní, jimž filosofické studium práva vděčí za svůj nový rozvoj: působí tu i jiní, jako Gabba a pak vicovec Miraglia. Ale ti náleží již jen období minulému a zabývati se jimi, znamenalo by vykročiti z předem stanoveného rámce této úvahy.

Přecházejíce nyní k filosofům náležející výlučně modernímu období, zastavíme se nejprve u myslitele, jehož vliv je dnes v Italii nejsilnější, u Benedetta Croce, který svou filosofickou theorii podal v třídílném spise Filosofia dello spirito, jehož třetí část, Filosofia della pratica, věnována je z části i otázkám právním.[7]) Croce je duchem nevšední filosofické tvořivosti, který cestou intuice se snaží proniknouti k samé podstatě jsoucna a vpraviti je v jednotný systém. — Právě jako Hegelovi, i Croceovi podstatu absolutna tvoří Duch, nekonečná aktualita, která vedla kosmos ze stavu chau, která soustředila život v organismy, která způsobila přechod života animálního v lidský a stvořila a tvoří vždy nové formy života. Dílo Ducha je nekonečné a neukončené. Naše touha po něčem vyšším není klamem; její nekonečnost je důkazem nekonečnosti pokroku. rostlina sní o zvířeti, zvíře o člověku, člověk o nadčlověku. — Má tedy člověk účast na universálním duchu: a ač individuum Universálna nevyčerpává, přece jen toto v něm žije a projevuje se jeho činy. Proto klad práva individuality neneguje práv veškerenstva. Dějiny nejsou dílem individuí ale absolutního Ducha, jehož projevem a nástrojem je jednotlivec.

Duch, pokud působí v člověku, projevuje se v dvojí různé, nikoliv však od sebe oddělené formě: theoretické a praktické, v poznání a chtění. Obě formy jsou positivní, každá jest spojením konečného a nekonečného, a ve všem jest mezi nimi soulad. Formy theoretické jsou dvě: logická a esthetická; ale i praktický duch dochází výrazu v dvojí formě — v jedné, již lze nazvati utilitaristickou či ekonomickou a v druhé mravní či ethické.

[7]) Mimo to svůj názor na právo podává Croce v Riduzione della Filos. del dir. alla Filos. dell' economia, uveřejněné v Atti dell' Accademia Pontaniana di Napoli vol. XXXVII., 1907; stanovisko své hájí v Intorno alla mia teoria del diritto, v La critica 1914, str. 445. K tomu srv. Bignone: Note al sistema di B. Croce in relazione con la filos. del diritto v Riv. ligure 1915 a Di Carlo: La filos. del diritto ridotta alla filos. dell'economia, Pavia 1907.

V prvé formě jest rozhodným kriterium individuality, t. j. lidské jednání se tu posuzuje jako prosté jednání, prostá individuální vůle; v druhém případě uplatňuje se kriterium universality, t. j. jednání posuzuje se se zřetelem k nejvyšším cílům člověka. Forma ekonomická může se obejíti bez mravní, kdežto mravní není myslitelna bez ekonomické; jinými slovy, jsou myslitelny činy bez zřetele na morálnost, tedy činy dokonale ekonomické; není však činů mravních, které by nebyly současně dokonale užitečné či ekonomické; neboť ctnost je vždy štěstím, jako mravnost je vždy rozkoší.

Po této úvaze třeba si předložiti otázku: je právo aktivitou ekonomickou či mravní?

Jest zřejmo — uvažuje v odpověď na ni Croce — že činnost zákonodárcova, t. j. vůle, která ukládá jednání in abstracto, je buď mravní nebo ekonomická. Zákonodárce je člověk vůle, a jako takový usuzuje buď utilitárně nebo morálně. Ježto však, jak výše uvedeno, každý čin mravní jest užitečným, tedy ekonomickým, lze říci, že činnost zákonodárcova je genericky praktická, čili o sobě čistě ekonomická. To znamená: zákon je vždy nutně užitečným, ne však mravním. — Tuto dedukci applikuje pak Croce i na právní činnost, t. j. na tu činnost, která uskutečňuje zákon. I právnické jednání může býti čistě ekonomické, ale i mravní: ježto ale ekonomičnost jest obecnou formou, která v sobě zahrnuje mravní, jest i právní činnost genericky praktická i ekonomická. Ale právní činnost nejen že vyúsťuje v ekonomickou, nýbrž jest s ní identickou: činnost právnická a ekonomická jsou synonima. Proto o právu nelze říci, ani že je morální, ani nemorální nýbrž amorální.

Skonstruujeme-li stručně Croceův názor na právo se zřetelem k jeho metafysickým předpokladům, můžeme vyjádřiti jeho myšlenku tak, že právo jest produktem praktické formy Ducha pokud tihne k individuálnímu (a contr. universálního). Jest však za těchto okolností možné právo ideální, které přece vždy tihne k universálnímu? Tuto otázku zodpovídá Croce kladně. Právo ideální existuje potud, pokud je mravním ideálem (právo ethické), ježto jen v mravnosti je tendence k universálnímu. Mezi právem positivním a ideálním jest jen rozdíl stupňový, z čehož plyne jak positivnost prvého, tak druhého: právo ideální jest současně i historickým.

Croceovo stanovisko, které se příčí běžnému nazírání vzbudilo tvrzením o amorálnosti práva odpor a dalo vznik ku kritikám a polemikám. Nelze upříti, že kritika Croceova stanoviska byla v lesčems oprávněna, ale z části spočívá i na nedorozumění: vždyť Croce výslovně uznal, že právo nespravedlivé nebo nemorální není právem ve vlastním slova smyslu,[8]) ač takové tvrzení nezdá se býti v organickém vztahu k jeho theorii. — Mimo to Croceův pojem práva jest sui generis, je to — jak dí náš filosof — filosofický, nikoliv právnický pojem. Nejen občanský nebo trestní zákonník, ale i zákonník kavalírský, galantní, herní stanovy, předpisy zednářské, zásady maffie a lupičské tlupy jsou mu filosoficky právem. Zřejmo tedy, že jeho pojem práva je velmi široký, labilní a neurčitý, a nelze se diviti, vyvolal-li rozsáhlou diskusi.

Jedním z pozoruhodnějších pokusů o vyvrácení croceiánské koncepce práva jest práce Giuseppe Rensiho,[9]) který svým filosofickým stanoviskem stojí jinak velmi blízko Croceovi. Rensi odporuje myšlénce, že právo nemá nutně ethické kvalifikace, a že je tudíž faktem čistě ekonomickým. Naopak — praví Rensi — čeho chtí zákony dosáhnouti jest interes společné věci, který se právě příčí užitku a rozkoši individuální, a chce její potlačení, omezení nebo regulaci. Proto zákon jest v podstatě omezením individuálního prospěchu a rozkoše: odporuje jim přímo; kdežto tyto jsou výrazem rozumu utilitárního, jest zákon výrazem rozumu ethického.

K této kritice theorie Croceovy připojuje Rensi theorii vlastní: Mravnost jest nekontrolovatelným a suverenním soudem, který vyslovuje absolutní Duch ve vědomí jednotlivcově. Proti tomuto soudu stojí exteriorace Ducha v mravu, praktický soud, který se projevuje ve formě obecného příkazu schváleného a sankciovaného rozumovou kollektivitou. Positivní právo není v podstatě ničím jiným, než částí tohoto absolutního ducha rozšířeného v obecné vědomí povinnosti; proti němu stojí přirozené, rozumové právo, či spravedlnost ja-

---

[8]) Mezi Croceovým stanoviskem ve Filos. della pratica a v Riduzione není úplný souhlas; kdežto v tomto spise připouští právo immorální (str. 34), v oněm je popírá, pravě, že právo nemorální není právem, ale kontradikcí práva.

[9]) Il fondamento filosofico del diritto, Piacenza 1912.

kožto individuální hodnocení, suverenní soud, který ethický duch vyslovuje ve vědomí jednotlivcově. Positivní právo je části mravu, přirozené právo části mravnosti. Na otázku, kterou částí mravu je právo, odpovídá posléze Rensi: právo je ta část mravu, jejíž uskutečnění je chtěno tím nejširším Já (společností), a sice za účasti donucení vykonávaného veřejnou mocí.

Croce (a rovněž Rensi) není právníkem a nepodává nějaké podrobné filosofické theorie o právu, nýbrž omezuje se jen na povšechné úvahy nepouštěje se do detailů, z nichž teprve zpravidla lze zjistiti míru správnosti a životnosti určité theorie. V podobné obecnosti pohybuje se jiná příbuzná theorie, která vyšla ze středu školy Croceovy, a jejímž autorem je prof. Giovanni Gentile, jeden z nejváženějších filosofů přítomnosti. Svou theorii rozvinul v kursu přednášek pořádaných v roce 1916 na pisánské universitě a otištěných pak pod názvem I fondamenti della filos. del diritto v Annálech toskánských universit (Nuova Serie, vol 1). I na této theorii je málo právnického, ježto i Gentile omezuje se převahou na výklad základních thesí své filosofie, na něž pak připíná velmi zběžně právněfilosofické své názory. — Gentile nechce studovati právo po stránce fenomenické, ježto to znamená negovati právní filosofii: neboť kdo praví fakt, praví příroda, naturalismus, hrubá nutnost, prostá všeho světla účelnosti a racionálnosti. Právo však třeba chápati jako absolutní kategorii, jako universální pojem či věčný moment v životě lidského ducha. Takovéto kategorie nelze však odvoditi z diskusse o empyrických charakteristických znacích fenomenu, jak má za to právník, ale ze spekulace o samém pojmu ducha, jehož právo je kategorií.

Základ pro bádání tohoto druhu podává — po mínění Gentilově — jedině aktuální idealismus, t. j. ten idealistický směr, který chápe myšlenku jako akt Ducha, ne však akt hypostasovaný a spekulovaný, ale realisovaný. Jde tu prostě o idealismus, který stotožňuje myšlenku a realitu, ideu a přírodu. A ze studnice tohoto idealismu dlužno čerpati absolutní kategorii práva.

Duch projevuje se buď jako intellekt nebo jako vůle; a vůle, pokud jest sama sobě zákonem a účelem, je mravní. Ježto tedy mravnost jest realisací Ducha, je spirituální a absolutní. — Mravní vůle může se odíti v dvojí formu: buď se projevuje jako

prostá vůle, nebo jako vůle tíhnoucí za vnějším předmětem. V prvém případě je mravností v užš. sl. sm., v druhém právem. V právu totiž Duch nemůže působiti bezpředmětně nýbrž potřebuje určitý reálný cíl. Odkud se však vezme takový předmět právní činnosti? Zase z ducha: neboť duch sám si tvoří vnější svět. V tom smyslu je tedy právo »chtěním již chtěného«. — Právo má sice svůj samostatný, čistě právní charakter, ale při svém vzniku jako zákon jest aktem ethickým, ježto má immanentní cíl, který je diktátem Ducha. Proto zákon nalézá vždy vůli ochotnou posuzovati jej s mravního hlediska, mírniti jej equitou, nebo jej modifikovati a reformovati. — Zákony jsou dva: první je jediný a pravý zákon, druhý nekonečně různý, závislý od prvého; onen immanentní zákon žije zákony partikulárními dávaje jim vznikati svou tvůrčí mocí a zase je ruše, aby ukázal svou nesmrtelnost. Jest to nejobecnější mravní zákon — princip povinnosti, která se projevuje stále v jiné formě a není nikdy dokonale realisována. Jako veškeré zákony se zakládají na obecném zákonu poslouchati zákonů speciálních, tak i veškeré autority se zakládají na autoritě jedné, která je v nás, na spirituelním subjektu, universální osobnosti, pravém to suverénu, od něhož každý stát přijímá svou autoritu. A to je mravní subjekt.[10])

Gentilova práce — pro svůj příliš abstraktní způsob podání těžko přístupná a pro nefilosofa nesnadno pochopitelná — není a nechce býti systematickým vylíčením práva s hlediska aktuálního idealismu, ale jen programem, základem, na němž možno právněfilosofický systém zbudovati. Na této cestě poněkud dále než Gentile jde jiný zástupce téhož myšlenkového směru, Giuseppe Maggiore, který již tu a tam vniká do specielnějších právních problémů a počíná si konkrétněji a, řekl bych, právničtěji. Náběh k své theorii učinil v článku Esiste un concetto empirico del diritto? (v Saggi di filos. giuridica, Palermo 1914) a provádí ji podrobněji v samostatném spise Il diritto e il suo processo ideale (Palermo 1916) plném pěkných podnětů a myšlenek.

---

10) O Gentilově právní filosofii srv. Vinc. Miceli: Il concetto filosofico del diritto secondo Giov. Gentile, v An. delle Università Toscane 1920, Serie nuova fasc. VII. str. 237 násl. a Di Carlo: I principi fondamentali della filos. del dir. secondo il prof. Gentile, v Gircolo giuridico vol. 51 Palermo 1920.

Maggiore je, jak již řečeno, aktuálním idealistou a jeho theorie je silně proniknuta i prvky filosofie Bergsonovy. Absolutním principem je mu p r o c e s s, na který se dá vše zredukovati, který však sám je dále neredukovatelný. Podstatou jeho je myšlení, pojímané nikoliv psychologicky, ale metafysicky, takže m y š l e n k a, p r o c e s s a u n i v e r s á l n í r e a l i t a j s o u p o j m y i d e n t i c k é. — Jako vše ostatní, jest i právo objektivací myšlenky, processem, děním: jest aktivitou, která sama sebe předpokládá a ruší, absolutním cirkulem, životem, věčným rozením. Proto nelze je zachytiti do pevných, mrtvých definic, ale třeba je prožívati v jeho aktualitě. Právo definované, spravedlnost rozpitvaná ve formule není právem ani spravedlností, ale prázdnými obrazy, stíny. Porušení práva, tedy bezpráví, není protikladem stojícím proti kladu, bytností, která pohlcuje jinou bytnost, ale momentem v processu uskutečňování se práva, článkem v jeho řetězu. — Z dynamické povahy práva plyne důsledek, že immanentní energií právního processu, právním aktem par excellence jest síla. Kde je ius, jest i vis; není práva bez moci. — Mezi právem positivním a ideálním není rozdílu: jedno jako druhé jest skutečnou realitou. Ideální právo existuje, ale v čase, který se ještě nedostavil; jeho existence je promítnuta do budoucna. Proto jeho realita je »o sobě« nikoliv pro subjekt. — Poměr mezi mnou a druhým jest myslitelným trojím způsobem: buď mohu druhého ve svém prospěchu zničiti, a to je egoismus; nebo v prospěchu druhého obětuji sebe, a to se zove altruismem. První způsob jednání je zavržitelný, druhý vrcholně mravním. Obě tyto protivy jsou však spravedlnosti vzdáleny: neboť spravedlnost je řád, proporce, eurythmie — a té se oba uvedené extrémy příčí. Ústavem, v němž se konkretisuje spravedlnost, a který je jaksi úhrnným aktem celého ideálního právního processu, je stát; stát rozkládá se se svou mocí tak daleko, kam právo: oba pojmy jsou korrelativní. Každé právo, pokud má historickou konkretnost, je právem státním; a každý stát, má-li životní schopnost, jest státem právním, ježto realisuje universální právní vědomí.

Velmi blízkým dosud uvedeným theoriím jest jiný spiritualista P a t r i o P a r e n t i, který základy své filosofie podává v obsáhlém, ale nesystematickém a myšlenkově změteném spise »Prolegomeni ad una nuova teoria del diritto (Pontasieve 1915).

Spis je převahou kritický a uváděti jeho obsahu nemělo by významu jednak proto, že by to znamenalo prostou reprodukci základních spiritualistických již uvedených thesí, jednak i z toho důvodu, že význam Parentův je v právní filosofii v celku podřadný. Za to tím větší pozornost třeba obrátiti k theorii jiného, velmi významného, svého času dokonce vůdčího ducha spiritualistické právní filosofie, I g i n i a P e t r o n e.

Petrone byl professorem morální filosofie zprvu v Modeně, později v Neapoli a byl právní vědě italské odňat smrtí v poměrně mladém věku. Přes to však zanechal celou řadu spisů spadajících jednak v obor filosofie mravní, jednak právní a politické. Ale jeho právněfilosofická theorie netvoří pevně uzavřeného, ideově jednotného celku; duch Petronův byl hloubavý a neklidný, a nedal se zastaviti při jednou nalezené pravdě: a tak jeho právní filosofie podléhala stálému vývoji, v němž prošla třemi fásemi. V první fasi — do níž spadá spis o nejnovější německé právní filosofii (La fase recentissima della filosofia del dir. in Germania, Pisa 1895)[11]), na jejíž kritice pak buduje Petrone prvé základy své právní filosofie — je zřetelný vliv Rosminiův: Petrone vychází tu od universální ideje spravedlnosti, která je principem objektivního řádu existujícího před duchem a přístupna duchu intuicí. V druhém období zabývá se Fichtovou filosofií, která v jeho theorii zanechává patrné stopy, třeba že obsahově mezi touto a předešlou fasí značnějších myšlenkových rozdílů nebylo. Ovocem studia tohoto období je spis Lo stato mercantile chiuso di G. Amedeo Fichte e la premessa teorica del communismo giuridico (Napoli 1904). Posléze vstupuje Petronovo filosofické myšlení o právu do fase konstruktivní, representované hlavním dílem Il diritto nel mondo dello spirito (Milano 1910), a podléhající vedle vlivu Fichtova i Hegelovu.[12])

[11]) Na tento spis připíná se pojednání z r. 1896 »La filosofia del diritto al lume dell' idealismo critico« publikované v Problemi del mondo reale meditati da un idealista — Napoli 1905. Ve volnějším poměru k této periodě stojí spis Contributo all' analisi dei caratteri differenciali del diritto — Torino 1897.

[12]) Srv. Solari: Il problema filosofico del diritto nell' opera di Ig. Petrone, Campobasso 1917. — Dále píší o Petronově theorii Pannunzio v Lo stato giuridico nella concezione di Ig. Petrone, Campobasso 1917 a Tilgher v Il diritto come prodotto dell' autocoscienza. Roma 1911. posléze Cimbali: Una nuova diffesa del diritto naturale v Saggi di filos. soc. e giur. Roma 1903 str. 107.

Petrone snaží se překlenouti propast, jíž prohloubila Kantova filosofie mezi fenomenem a noumenem, a obnoviti tak shodu mezi světem vnějším a vnitřním. Hegel, jehož filosofie byla inspirována týmže problemem, docílil toho svou theorií identity stotožniv přírodu a Ducha. Petrone jde v celku touže cestou: svět je mu produktem sebevědomí, Ducha. Příroda je dána zákonem myšlení, t. j. rozum nepřijímá své zákony z věcí, ale ukládá je věcem. Objektivní poznání je tudíž dáno převedením vnějšího světa v intelligibilní řád. Odtud definuje si Petrone filosofii jako chápání světa v hranicích intelligibility, jako spirituální synthesu zkušenosti, a právní filosofii jako určení a klad právního poměru v systému bezprostředních intuicí vědomí, čili ve fenomenologii spirituelního života. S tohoto hlediska pak právo nebude pouhou věcí, faktem, nýbrž spirituální formací, ideálním poměrem, jehož existence jest v tom, že si je uvědomujeme: pro právo, jako pro každou skutečnost, platí zásada »esse est percipi«.

Vědomí není jen tvůrcem myslícího subjektu, ale i tvůrcem světa vnějšího: subjekt dokonce uvědomuje si sebe jen potud, pokud o sobě uvažuje v protivě k objektu. Ale jako noetický klad subjektu není myslitelným bez protikladu objektu, tak mravně není myslitelný klad individua bez protikladu individní druhých, jemu rovných. Člověk neuvědomuje si totiž své existence a hodnoty jako osobnost, leč připouští-li současně existenci a osobní hodnotu bytostí koexistujících, a klade-li mezi sebe a ně pouto vzájemného uznání a úcty. A v tomto poměru spočívá ideální základ právního poměru: neboť právo znamená omezení mé bytosti současným a vzájemným uznáním osoby druhé. Je tedy pojem právní osobnosti poměrem relace, a právo řádem sobě rovných bytostí. Jeho podstatným znakem je princip omezení. A proto lze právo označiti za systém vzájemně omezených činností jednotlivců se zřetelem k universálnímu zákonu svobody.

Právní poměr má dvojí stránku — positivní a negativní: positivní jest důsledkem volnosti jednání oprávněného, druhá důsledkem povinnosti, kterou zavázanému ukládá povinný respekt k druhým, zakazující mu každý rušebný akt. Oprávnění nelze však definovati jako vůli nebo moc jednati, ale jako vůli a moc, aby druhý jednal nebo jednání se zdržel; tedy oprávnění

čerpá svůj obsah z povinnosti druhého. Ale oba členy právního poměru, oprávnění a závazek, nelze pochopiti bez členu třetího, který je počátkem a základem každého právního poměru: toto logické a ideologické prius jest vláda zákona, a právo jest jeho derivátem, determinací, reflexem.

Praktickým a positivním ekvivalentem zákona omezení, který je základem práva, je stát: stát je extra- a ultrajuristickým poměrem svrchovanosti, organismem moci, který chrání závaznou moc práva. Jest právní objektivací pojmu společenského individua a stojí nad právními subjekty jako autonomní a svrchovaný princip; jest obecným svědomím, sociálním Já, převedeným ze světa myšlenky v život. Jsa svrchovaným, jest neomezitelný vnější mocí, ale sám sebe omezuje aktem autolimitace, jímž určuje meze konkrétních výkonů své autoritativní či autokratické činnosti a zakládá tak subjektivní práva veřejná — práva občanské svobody.

O spravedlnosti pojednal Petrone obšírně ve své Právní filosofii (Filos. del dir. Modena 1900), vydané, žel, jen litograficky. Zde lidskou spravedlnost chápe jako differenciaci obecné a prvotní ideje spravedlnosti, která záleží v respektu hierarchického řádu věcí a hodnot se zřetelem k hodnotě nejvyšší. V lidské spravedlnosti nutno lišiti trojí faktor: 1. negativní, t. j. omezení individuélní aktivity, aby se umožnila činnost všech; 2. positivní, přiznání každému toho, co mu po zásluze přísluší a 3. požadavek, aby druzí v našem prospěchu zachovávali to, co my uznáváme za nutné v zájmu jejich. Spravedlnost předpokládá lidské soužití: je formou, kdežto společnost je materií; a forma vždy předchází materii. Účelem spravedlnosti jest zjednati úměrnost mezi kooperujícími a konkurujícími silami a regulovati je tak, aby každé síle byla dána určitá sféra jednání. Tedy spravedlnost není antithesí síly, ale její proporcionátorkou. Poměr práva k spravedlnosti je ten, že tato jest ideální relací, kdežto ono reální determinací a individuální objektivací jejich ideálních poměrů. Právo jest organismus, který uskutečňuje spravedlnost: tato je funkcí, ono orgánem; právo je morfologií a organisací spravedlnosti. — V spravedlnosti má své kořeny právo přirozené, jehož existence není sice historická, ale logická a ethická; positivní právo jest processem historického stělesnění práva přirozeného, a právo přirozené ideologickou formou práva positivního před jeho zrozením. —

I Petrone, jako velká část filosofů této periody, pustil se cestou kriticismu; nezůstal však při důsledcích Kantovy noetiky jako novokriticisté, ale jde dále a dospívá k intuici jako poslednímu zdroji správného poznání. Je tedy jeho filosofie intuicionistickou. Intuicionismem se však Petrone dostává na scestí čistě subjektivních spekulací vzdálených objektivní skutečnosti. S druhé strany však nelze neuznati i positivní stránku jeho díla, které jest pokusem o vskutku filosofickou koncepci práva; Petrone má ten dar, že proniká až k základům nejsubtilnějších právních problémů, a že se na ně dovede dívati hluboce filosofickým okem. Proto, třebaže pro příliš individuelní ráz své filosofie nezískal přímých žáků, přece jí působil velmi silně na příští vývoj idealistické právní filosofie v Italii, zejména svými tendencemi kriticistickými.

Nyní zbývá ještě promluviti stručně o několika theoriích vzniklých na základech objektivního idealismu, pokud jim náleží rozhodnější význam; takovou jest především theorie Giulia de Montemayora, známého autora dějin přirozeného práva. — Myšlénka a vůle — učí de Montemayor ve svém spise Primo abbozzo d'una giuridica (Roma 1914) — které se navzájem podmiňují, jsou akty a tudíž pohyby; ale jako každý pohyb, předpokládají i ony pohybující subjekt; toto primární movens nelze si však představiti jinak, než jako myšlénku a vůli současně: jest to autokondicinující entita, absolutní Duch, svobodný a žijící ve svém stvoření, individuálních duchách. Poměr mezi těmito rozumnými duchy — lidskými bytostmi — lze si mysliti trojím způsobem: buď člověk chce jen dobro vlastní, nebo dobro druhých, nebo současně dobro své i druhých, takže se smíří dvě protivné vůle, omezivše se jedna druhou. Tyto tři formy odpovídají třem základním formám lidského jednání: ekonomické, mravní a právní. Proto lze označiti za podstatu spravedlnost smíření vlastního zájmu se zájmy druhých: jejím cílem jest »bene commune«, a její inspirátorkou idea člověka a lidské rovnosti. Z této povahy spravedlnosti a z toho, že je věčným historickým zjevem, a že bez ní nic neobstojí, lze uzavříti, že je věčnou nutností lidské spirituelní přirozenosti. Spravedlnost je nejvyšším požadavkem vědomí, a veškerá činnost Ducha směřuje k jejímu uskutečnění ve světě. Duch dokonce vládne v universu jakožto spravedlnost, a nemohl by trvati, kdyby nebyl svrchovaně spra-

vedlivým. Tomuto obecnému zákonu kosmické spravedlnosti musí se podrobiti i člověk, chce-li žíti. Neboť spravedlnost jest universální funkcí života; jejím specifickým obsahem jest unicuique suum. To je nejvyšší praktický právní soud, nejobecnější právní kategorie, a každý partikulární právní soud je jen její applikací na jednotlivý případ rázu ekonomického nebo politického.

Příbuznou této theorii, ale zřetelněji se klonící k hegeliasmu, jest theorie Michele Barillariho, professora na universitě messinské.[13]) Hegelianskou jest jeho koncepce práva a právního vývoje, v němž vládne zákon synthesy protiv hegeliánským jest i jeho názor na poměr práva přirozeného a positivního: obojí toto právo nežije od sebe odloučeně, ale jedno v druhém; obojí jest svobodným produktem Ducha. Právo positivní jest prostě stálým uskutečňováním práva přirozeného, tak že mezi nimi nemůže býti skutečného sporu. — Na krisi v právní filosofii dívá se Barillari jako na důsledek jejího sempyrisování, a za bezpečné vodítko pro vybřednutí z tohoto stavu považuje jedině filosofii ducha.

V souvislosti s dosud uvedenými zástupci směru objektivně idealistického dlužno učiniti ještě zmínku o theorii Widara Cesarini-Sforzy, který třebaže nebyl vysloveným stoupencem směru, o němž zde jednáme, přece jen prozrazuje k němu sklon (zejm. ve své Introduzione alla filosofia del diritto, Parma 1913). Cesarini-Sforza vidí možnost dvojího způsobu právnického studia: filosofického a vědeckého. První zabývá se právem jakožto metafysickou realitou a priori, druhé stanoví pojmy, které jsou jen výrazem empyricky differencované právní skutečnosti apriorní. Na vědeckém studiu práva zakládá integrální jurisprudenci, která bádá o právních fenomenech bez časového a prostorového omezení, stanovíc induktivně jich uniformní znaky a zákony. Tuto integrální jurisprudenci vypracoval Cesarini-Sforza ve svém spise Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale. (Milano 1913.) —

---

[13]) Hlavní spisy Barillarovy jsou zejména Diritto e filosofia I. Napoli 1910; Il compito della filos. del dir. nella riforma del diritto privato, Napoli 1907; L'ideale ed il reale nel diritto, Cagliari 1916; La dottrina del diritto di G. G. Leibniz, Napoli 1913.

Jest pozoruhodným zjevem, že dnes v době, v níž positivismus zmocnil se právní vědy, křísí se znovu filosofické studium práva na základech, které ještě před nedlouhou dobou byly považovány nadobro překonanými. Řada výše uvedených theorií podává doklad o tom, že se tu nejedná pouze o ojedinělé pokusy, ale o spontanní idealistické hnutí, ne-li ve všech směrech myšlénkově usjednocené, přece vědomé společného základu a cíle. Uvažujeme-li o neobyčejném zájmu, s nímž italská právní filosofie se vrhá směrem objektivního idealismu, a řekněme přímo, hegelianismu, nevyhneme se otázce, v čem leží příčiny tohoto zjevu. Jednu z nich uvedl jsem výše: hegelianismus zapustil již v minulosti v Italii pevné kořeny, jichž vymýtiti nedovedl ani positivismus. Další a hlavní příčina spočívá však v tom, že domorodá filosofie připravovala již dávno cestu objektivnímu idealismu, zejména i samotná právní filosofie. Mám zde na mysli Vicovu theorii, která jsouc typickým výrazem italského myšlení, jež v podstatě tíhne k rovnováze mezi skutečností ideální a fenomenickou, měla metafysický základ v celku společný s hegelianismem. Hegel totiž učinil pokus o to, jak překlenouti propast mezi noumenem a fenomenem, t. j. jak spojiti racionální stránku jsoucna se stránkou historickou — a toho docílil svou filosofií totožnosti. A s podobným pokusem setkáváme se ve filosofii Vicově: Vico klade proti sobě pravdu (il vero), která je racionálním živlem v přírodě, a jisté (il certo) t. j. stránku historickou, fenomenickou. Ale tyto dvě stránky jsoucna nežijí každá pro sebe, ale v chodu dějin se identifikují — čili dějiny jsou postupným uskutečňováním absolutního rozumu (= pravdy). Applikujeme-li tento princip na právo, postřehneme úzkou souvislost theorie Vicovy a Hegelovy: oběma jest positivní právo realisací absolutní idee, věčného logického řádu, a tudíž oběma protiva mezi právem positivním a přirozeným jest jen relativní; neboť právo positivní jest právem přirozeným uskutečňovaným dějinami. — Tím vysvětlíme si, proč objektivní idealisté, ba i ti spiritualisté, kteří vyšli z objektivního idealismu, vracejí se stejně tak k Hegelovi jako Vicovi; filosofie Vicova jest jen mostem k hegelianismu, který důsledněji, systematičtěji a radikálněji provedl myšlénku spojení světa racionálního s fenomenickým. Je tedy zcela přirozeno, že Hegelova filosofie v Italii zdomácněla, a že se dnes dočkává své obnovy. A tak, rekapitulujíce,

můžeme říci, že moderní objektivní idealismus v italské právní filosofii jest hnutím, které živelně přiléhá k modernímu duchu italskému, a které by bylo vzniklo, i kdyby Hegela nebylo. — Ale mezi theoriemi, o nichž dosud byla řeč, není naprosté myšlénkové shody; zejména v podružných otázkách stojí proti sobě mnohdy dosti příkře. Jen základ je týž: že právo je produktem absolutního ducha, který se v jsoucnu objektivisuje. To je princip, na němž celý směr, o němž jsem jednal, nejen spočívá, ale se i vyvíjí, a patrně bude vyvíjeti i dále. Nelze se sice o jeho budoucnosti vyjádřiti kategoricky; ale právě proto, že jest výrazem italského ducha, mám za to, že tento směr má v Italii nejslibnější budoucnost, a že lze od něho očekávati, že dá právní filosofii vše, čeho jest schopen duch tohoto národa, jehož zájem dovede se tak pozoruhodným způsobem děliti o absolutno a relativní svět zjevů.

III.

Kant hledaje podmínky obecně a nutně platného poznání, nalézá je jednak v čistých názorových formách času a prostoru, jednak v apriorních pojmech, kategoriích. Ale — uvažuje Kant — člověk není jen bytostí rozumovou, ale i tvorem chtějícím. Stojíme tudíž před otázkou, existují-li objektivně platné principy praktického rozumu, obdobné apriorním formám rozumu theoretického, které by lidskému jednání vtiskovaly ráz obecnosti a nutnosti, a činily tak možnou mravouku na objektivním základě. K této otázce Kant přisvědčuje. Analysou lidského rozumu lze zjistiti obecně platné praktické soudy, nepodmíněné vnějšími motivy, ani libostí ani nelibostí. Takové apriorní soudy jsou rozumové příkazy povinnosti, docházející výrazu v kategorickém imperativu: mravní zákon je vždy kategorický t. j. stavící bezpodmínečný požadavek určitého jednání bez veškerých výhrad. Je však čistě formální — materii dodává mu zkušenost.

Z těchto předpokladů Kantovy ethiky čerpá moderní filosofický směr, který dle základního rysu, který charakterisuje celé myšlení velkého kraloveckého filosofa, nazývá se kriticistickým. Novokriticismus vznikl v Německu, kde jeho these applikoval na právo Stammler, zdomácněl však i v Italii, kde zejména poslední dobou nabyl značně půdy. Kritická methoda Kantova poskytla italské právní filosofii pomůcky, v nichž

spatřován byl spasný prostředek, jímž se lze dostati z anarchického stavu, v nějž právní filosofie zabředla. A nejen to: nalezena v ní i vhodná zbraň proti positivismu. Důsledný positismus chápe mravní jevy jako fakty, přírodní produkty a končí v závěru, že co jest, nutně tak musí být. Principu hodnocení a podstaty zákona však nevysvětlí, ježto obojí leží mimo přírodní zákon kausální. Přírodní zákony jsou jen principy výkladu toho, co existuje, a psychologické zákony vysvětlují, jak vskutku myslíme a jednáme; vedle toho však jsou ještě zákony normativní, které nám praví, jak fakty mají býti uspořádány, bychom o nich řekli, že jsou pravdivé nebo dobré; a tohoto rozdílu positivismus přehlíží. Zkrátka. positivismus vysvětlí, co jest, nikoliv však to, co býti má — normy a ideály.[14]- — To je hlavní výtka, jíž stihá novokriticistická italská filosofie empyrický výklad právních a mravních kvalit. — Snaží se vyprostiti člověka z okovů nutnosti, do nichž ho sevřela positivistická filosofie, dáti jeho činům ráz spontannosti a vrátiti mu mravní autonomii, jíž kdysi tak stkvěle obhájil Kant.

Italský právněfilosofický novokriticismus jest dosti nového data, a zajímavo jest, že první kdo jím byl dotčen, byl positivista Icilio Vanni. Ale Vanni snažil se svým kriticismem jen podepříti positivismus, tak že jej v pravém slova smyslu za novokriticistu označiti nelze. Vlastní novokriticistické hnutí, které v podstatě jest idealistickým, počíná v právní filosofii teprve kolem roku 1900 Bartolomeim a Giorgem del Vecchio.

A l f r e d o B a r t o l o m e i, dnes professor právní filosofie na universitě neapolské, vyšel z positivismu směru Ardigova a Vanniho,[15]) záhy se však přihlásil k idealistickému směru novokriticistickému. Tento obrat hlásí se již v druhém jeho obsáhlejším spise, v němž pojednává o významu a hodnotě nauky Romagnosiho pro současný kriticismus, a definitivního výrazu nabývá v hlavním díle Bartolomeiho v Lineamenti di una teoria del Giusto e del diritto (Roma 1901). — Jestliže přírodní věda, praví zde Bartolomei, buduje na objektivní souvislosti skutečno-

---

[14]) Srv. Bartolomei: Lineamenti etc. str. 3, 4.

[15]) Do této periody spadá spis I principi fondamentali dell' etica di R. Ardigò e le dottrine della filos. scientifica. Ragusa 1899. Del significato e del valore delle dottrine di Romagnosi per il criticismo contemporaneo. Roma 1901.

sti v kausálním vývoji, tvoří základ ethiky objektivnost účelová, to, co býti má; ethika neohlíží se po schopnosti poznávací, ale po lidské vůli, po jednání; nebéře zřetele na problém přírody, ale na problem ideje. Mravní a právní filosofie jsou tedy naukami o absolutně platných hodnotách, naukami o normativním vědomí mravním a právním. Právní filosofie určuje normy a universální účele ideálního právního řádu, t. j. ony obecně platné hodnoty, které tvoří základ každého právního řádu, a které jej činí možným. Ježto však stěžejní hodnotou právního řádu je spravedlnost, jest právní filosofie v podstatě naukou o spravedlnosti.

Říci, že něco je spravedlivé nebo nespravedlivé, znamená hodnotiti to, a hodnocení jest základní fakt našeho mravního vědomí. Analysujíce je, zjistíme v něm dva znaky: princip ideálu a princip závaznosti. Samo o sobě je však hodnocení aktem prvotním, neredukovatelným, apriorním, který se nedá vysvětliti žádnou zkušeností, ježto jest, naopak, podmínkou vší zkušenosti; a apriornost tohoto hodnocení znamená apriornost povinnosti a apriornost normy, jako forem ethické zkušenosti vůbec. Ethické hodnocení, a tudíž i hodnocení s hlediska spravedlnosti, vnucuje se nám s bezprostřední evidencí a kategoričností. Toto vědomí nevyhnutelnosti, které nás nutí souditi tak a ne jinak, je výrazem nikoliv fysické, ale ideální nutnosti, vzbuzující v nás přesvědčení, že tak býti musí. Spravedlnost jest tedy ideální nutnost soudu, vnucující nám opinionem necessitatis určitého druhu jednání: v spravedlivé třeba věřiti a věří v ně ten, kdo je cítí a chce. Soud spravedlnosti representuje dialektickou synthesu myšlénky a víry.

Jako v theoretickém řádu vysvětliti fenomen znamená zařaditi jej do jednoty pojmového systému dle zákonů kausálních, tak v řádě praktickém hodnotiti jednání znamená zařaditi je v systém chtění a účelů. Jen jednota vztahů dodává činům rázu objektivnosti: to, co se nedá vpraviti v uvedený řád, je subjektivní a nespravedlivé. Zákon spravedlnosti je tedy zákonem jednoty účelů a vůlí; tento zákon je formální, určuje totiž formu, pod níž se musí dáti subsumovati každý empyrický poměr, aby se mohl nazvati spravedlivým. Zákon ten nepodléhá změnám v čase, je mimo čas, tedy absolutní, je čistou ideou, ježto není ani odvozen ani odvoditelným ze zkušenosti. Jeho lo-

gickým předpokladem jest princip rovnosti, ne faktické, ježto jí chybí znak proporcionálnosti, nýbrž právní, se zřetelem k normě.

Pojem přirozeného práva splývá Bartoloneimu v celku s pojmem spravedlnosti, kterou však logicky nestaví do jedné řady s právem; právo jest faktem historickým, positivním, nahodilým, spravedlnost jest však ideál, hodnotící norma, která platí jako ideální hodnota v protivě k positivnímu právu, tedy jinak než právo; může býti v positivním právním řádu realisována či nikoliv, ale to nic neubírá na její realitě a pravdě; je pravdivou a skutečnou, i kdyby se nikdy neuskutečnila. Spravedlnost jest regulativním principem, který chce říditi dílo dějin.

Bartolomeiho Lineamenti, jichž základní myšlénky jsem se právě pokusil reprodukovati, jsou první myšlenkově ucelenou prací právního italského novokriticismu, a současně programem, jenž nemalou měrou působil na další rozvoj tohoto filosofického směru na italské půdě. Ale nějakých absolutně nových hledisk v této knize nenajdeme, a Bartolomei neměl ani v úmyslu o něco takového se pokusiti. Jemu šlo především o applikaci principu Kantova kriticismu na právní poměry a o prohloubení a obrození positivismu kritickou methodou. Bartolomei dle vlastního doznání nechce totiž opustiti své zásadní, positivistické hledisko, které zaujal v studii o Ardigově ethice, nýbrž dáti mu jen kriticistickou orientaci. V skutečnosti jde však za tento program. Jeho Lineamenti nejsou více dílem positivisty, ale znamenají již vyslovený přechod od stanoviska positivistického k filosofii idealistické.

Pokračovatelem filosofického směru zahájeného Bartolomeim a dnes předním jeho representantem v Italii jest věhlasný učitel právní filosofie na římské universitě G i o r g i o d e l V e c c h i o. Jeho postavení v italské právní filosofii možno srovnati s významem, jaký má Stammler pro právní filosofii německou. Hledí totiž provésti pro obor práva veškeré důsledky z předpokladů, z nichž novokriticismus vychází. Nepodal sice skutečného filosofickoprávního systému, ale v četných svých spisech probírá problémy, které se navzájem doplňují a podávají ve formě stále zaokrouhlenější a úplnější obraz kriticistické právní filosofie, obraz, který sice ještě do všech detailů proveden není, ale k jehož dokonalému provedení úsilí del Vecchiovo tíhne. Tuto snahu lze postihnouti zejména v třech jeho základních spi-

sech: v prvním z nich, nazvaném I presupposti filosofici della nozione del diritto (Bologna 1905), zkoumá noetické a logické problémy, které tvoří základ právní filosofie; další spis, Il concetto della natura e il principio del diritto (Torino 1908), zabývá se metafysickými předpoklady právní theorie, a posléze třetí, časově však dřívější předešlého — Il concetto del diritto (Bologna 1906) — podává úplně vypracovaný filosofický pojem práva. Del Vecchio náleží k těm řídkým myslitelům, kteří s průzračností a lehkostí formulují a řeší obtížné právněfilosofické problémy. Jeho stručný lapidární způsob vyjadřování se, poutavá forma, v níž dovede odíti i otázky těžko přístupné, jest pravým opakem těžkopádné strnulosti německých novokantovců, ač s nimi má jinak mnoho společného. Del Vecchio prostě vtiskl novokriticismu svůj ráz ideálně jej přiblíživ italskému duchu.

Del Vecchio právě jako Bartolomei počíná své zkoumání kritikou positivisticko-historického směru, který se snažil abstrahovati z fenomenické zkušenosti obecně platné právní principy. Positivistický směr pochybil v tom, že přihlíží jedině k obsahu právní zkušenosti, a tento omyl je mu společným s překonanými formami přirozeného práva potud, pokud se toto snažilo skonstruovati ideální právní obsah. Oba směry upadly tedy v týž omyl, že přisuzovaly charakter universálnosti a absolutnosti tomu, co jest v právu jen relativní t. j. právní materii. Zatím však zmíněný charakter dlužno přiknouti jen p r á v n í f o r m ě, právnímu pojmu, rozumíme-li jím nikoliv empyrickou akstrakci, ale universální, vyšší a logicky prvotní existenci, předcházející každé právní zkušenosti. Logickým formám a ideám náleží totiž zvláštní svébytný důvod existenční, pro který nezávisí od historických podmínek dění a jsou prosty všech otřesů přírodní kausality. Zkušenost nepůsobí na tyto ideje, ani jich není s to modifikovati; mohou se však ideje ty v empyrickém světě konkretisovati. Pozorovány o sobě nepodléhají vlivu času, ale jsou takovými, jakými jsou, mimo čas a prostor; a proto nelze mluviti o jich původu historicky, jich precendence je logická. Empyrické jsoucno jest jich logickou, nikoliv kausální konsekvencí. Kdo chce tedy postihnouti objektivní a universální pojem práva, musí sáhnouti jedině k jeho formě t. j. k tomu logickému typu, který jest inhaeretním každému případu právní zkušenosti a předpokladem její možnosti. Logická forma práva jest společným substrátem, v němž

se stýkají veškeré případy právní zkušenosti; každé právní ustanovení jest materií logické formy práva, její applikací na konkretní obsah: empyricky změněný obsah, jest se zřetelem k ní akcidenciálním. Ježto však právní forma jest logickým předpokladem právní zkušenosti, jest snaha dedukovati a skonstruovati z právní zkušenosti pojem práva skutečným paralogismem. Prosté historické zkoumání práva může vésti toliko ku generalisaci právní zkušenosti, ale od generelnosti k logické universálnosti jest taková propast, že žádný sebe větší empyrický materiál nemůže ji vyplniti. Chce-li někdo studovati empyricky právo, jest v něm již logický pojem práva hotov: jest tedy lidskému poznání dán bezprostředně, a priori. A v tom je jeho universálnost a nutnost.

Právní řád lze pozorovati s dvojího hlediska: kausálního, jako souhrn přírodních fenomenů podléhajících zákonům kausality, jednak s hlediska teleologického či metafysického, pokud jej uvádíme ve vztahu k subjektu, jako jeho absolutnímu principu. V prvním případě jde o výklad vědecký, v druhém o filosofický. Jeden výklad nevylučuje a neruší druhý, ač jsou od sebe odlišné; doplňují se navzájem, ale každý z nich platí ve vlastní sféře. Podstatou výkladu teleologického jest redukce právní skutečnosti v meze individuálního tvoření, její uvedení ve vztah k subjektu, jakožto jejímu absolutnímu principu. Princip, který umožňuje přímý a správný vhled v podstatu mravního a právního světa, jest totiž absolutní charakter osobnosti, logický primát subjektu nad objektem. Člověku vrozena jest schopnost hledati za přírodou sebe sama, spatřovati v přírodě produkt svého »Já«: subjektivní vědomí, které v řádu jsoucna bylo posledním stupněm, je v řádu logickém prvním. »Já« jest tedy absolutním a autonomním suverennem, který tvoří svět, a jehož prvenství se zřetelem k lidskému jednání dochází výrazu v normě: »jednej ne jako prostředek a nástroj přírody, ale jako svéprávná bytost, která je současně principem a cílem; ne jako zlomek sensibilní přírody, ale jako účastník světa inteligibilního; ne jako empyrické individuum, omezené vášněmi a affekty, ale jako rozumové já, od nich nezávislé; jednej, posléze, u vědomí čisté spontannosti svých determinací, absolutnosti a universálnosti své bytosti, a tudíž u vědomí substanciální totožnosti s bytostmi sobě rovnými«. To je základní

ethický zákon, který prýště ze samé podstaty lidské bytosti překračuje meze fysické přírody. Kdyby člověk byl jen pouhým fenomenem, nebylo by pro něj ethického problému, ani by pro něj neměl smyslu imperativ. Imperativ zakládá se na té zvláštní povaze lidské bytosti, následkem níž tato participuje současně na dvojí přirozenosti: fysické a metafysické, jsouc současně částí přírody i jejím principem. Jako část přírody pracuje člověk v souhlasu s fysickými zákony a v souvislosti s ostatními fenomeny; jako princip přírody determinuje však člověk sama sebe, a příroda jest jen prostředkem, jímž jeho determinace nabývají sesibilní formy. Lidské činy nerozvíjejí se tedy prostě, jako přírodní zjevy, ale současně připouštějí hodnocení dle kriterií daných vnitřní podstatou subjektu. —

Výše uvedený základní zákon jednání projevuje se v dvojím směru, dle toho stanoví-li ethický řád subjektivní nebo objektivní: v prvém případě mluvíme o mravnosti (v užším slova smyslu), v druhém o právu. Mravnost se uskutečňuje, uvádí-li se jednání ve vztah pouze k jednajícímu subjektu, tak že jednání stojí naproti opomíjení; naproti tomu právním nazýváme lidský čin tehdy, je-li posuzován v souvislosti s činy druhých subjektů, tak že proti »jednání« stojí »zbraňování«. Ethická kvalifikace má formu positivní a negativní nutnosti, kvalifikace právní formu možnosti a nemožnosti. V prvním případě člověk překračuje meze empyrické své přirozenosti, aby se uplatnil jako rozumová či universální bytost tak, aby v sobě stotožnil existenci každého druhého subjektu. Proti tomuto čistě subjektivnímu charakteru mravnosti stojí právo jakožto objektivní korrelativní poměr určovaný respektem k druhým, jako dvoustranná a transsubjektivní korrelace. Na dně právního poměru tají se imperativ: nerozšiřuj svou vůli tak daleko, abys ji ukládal jiným; nechtěj si podrobiti toho, kdo svou přirozeností jest subjektem toliko pro sebe sama. Právo jest tedy objektivní podmínkou ethiky. Princip práva jest dedukován a priori z rozumu, tryskaje z čisté podstaty lidské bytosti. Není závislým od nějakého faktu, positivního ustanovení nebo sankce, ale platí absolutně a náleží člověku pro jeho přirozenost. Žádá, aby v světě byl uskutečněn, ale jest primárním před každou svou applikací, transcenduje každou mez časovou i prostorovou. Proto nedoznává poruchy a újmy ani tehdy, je-li porušován a skutečností

negován. Každý společenský řád sice předpokládá formální podmínku práva, ale positivní právo nemusí jí odpovídati, nebo odpovídá jí jen nedokonale. Jinými slovy: přirozené právo není nutně uskutečněno v positivním, třeba že se zřetelem k tomuto právu platí vždy míra a typ racionálnosti práva přirozeného. Právo positivní má tedy v podstatě dvojí charakter: fenomenický, jímž béře účast na řádu přírodním, a hyperfenomenický, transcendentální, pokud tihne k uskutečnění ethického řádu, bez něhož by nebylo skutečným právem. Dějiny práva jsou rozvojem práva přirozeného, které je v nich implikováno: a v tomto smyslu řada positivních práv jeví se nám jako souvislá tendence k uskutečnění přirozeného práva.

Ve spise Il concetto del diritto pojednává pak del Vecchio v konkretnější formě o poměru práva a mravnosti a o náležitostech, jimiž jest pojem práva určován. Zde podstatný znak práva nehledá jen v jeho positivní funkci, ale i v možnosti jeho negace, v jeho porušitelnosti: bezpráví jest del Vecchiovi prostě podstatným znakem pojmu právnickosti. Proto jest absurdní mluviti o precedenci práva nebo bezpráví, ježto oba pojmy jsou korrelativní, simultanní. — Otázku, je-li donucení podstatným znakem práva, rozhoduje del Vecchio v ten smysl, že tam, kde je právo, je tím samým dána i m o ž n o s t donucení k tomu cíli, aby bylo respektováno: ne tedy vlastní donucení, ale donutitelnost jest podstatným znakem práva. — Rovněž běžné pojímání práva jako skutečnosti, dotýkající se eminentně vnější stránky jednání, jest del Vecchiovi cizím. Hodnocení právní sice vychází od vnější stránky lidského jednání, ale přechází na moment vnitřní, psychický; mravní kriterion postupuje proti tomu opačně: proto při něm rozhodují především motivy. Má tedy právní jednání koefficient dvojí: externí — fysický a interní — psychický; kdyby chyběl jeden nebo druhý znak, nebylo by tu právního aktu. Tento dvojaký charakter práva je důsledkem souvztažnosti jednání a vůle, musí tudíž právník, jenž posuzuje právní charakter jednání, vzíti v úvahu i psychickou, tedy vnitřní jeho stránku: čili právo nikdy nemůže abstrahovati od »animus«. —

Del Vecchiova theorie, jejíž přednosti nemohl neuznati ani positivismus (srv. na př. Levi: La rinnovata metafisica del diritto, Bologna 1907), nezůstala bez vlivu na jiné právní filosofy,

kteří jdou šlépějemi filosofie novokriticistické; jsou to zejména Adolfo Ravà, Antonio Pagano, Eug. di Carlo a G. Mazzalorso.

Ravovi[16]) je právní filosofie disciplinou, jejíž předmětem není právo jako fakt, ale jako norma. Právní fakt je kategorií čistě relativní, právo jako norma však transcenduje naši libovůli, jsouc kategorií absolutní, platící bez ohledu na podmínky empirického jsoucna. Právní normy nejsou však metafysickými entitami, ale ideami universální platnosti; jich metafysičnost a transcendentnost jest v jich normativním a valutativním charakteru. Tento charakter je však rázu čistě racionálního, a proto formálního. — Logicky jest idea práva praktickým principem pro lidské jednání, a psychologicky impulsem k spravedlivému, citem pro spravedlnost. Idea a ideál práva prostě splývá Ravovi v jedno. — Právní filosofii formuluje si jako spekulaci o rozumových principech práva, jako bádání o »universale giuridico«, které má charakter absolutnosti a apriornosti.

Ve svém pojednání »Per una dottrina generale del diritto« (Roma 1911) činí Ravà pokus o reformu obecné pravovědy. Uznává sice přednosti této vědy, ale v celku považuje její úkol za skončený, ježto nemůže vybřednouti ze začarovaného kruhu positivního práva, na něž jí její methoda omezuje. Leč Ravà nevylučuje, že by za jistých podmínek tato věda nemohla konati platné služby; naopak stane se významným činitelem při řešení právně filosofických problémů, ale jen tehdy, zřekne-li se svého positivistického charakteru a obrodí se novou idealistickou filosofií. Takováto obecná právní věda bude míti za úkol vedle analysy konstitutivních elementů právní vědy i filosofickou konstrukci pojmu práva a bude tvořiti integrující součást právní filosofie.

Ravà, jak již podotčeno, stotožňuje ideu práva s ideou spravedlnosti: idea práva je mu normou pro lidské jednání a současně ukazatelem spravedlivého jednání. Toto sloučení dvou rozdílných hledisk, normativního a ethického, odmítá Eug. di Carlo ve svém spise Teoria pura e teoria empirica nel diritto

---

[16]) Srv. zejména Ravovy spisy I compiti della filosofia di fronte al diritto, Roma 1907 a Introduzione alla filosofia del diritto, Roma 1919; dále I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filos. del dir. Roma 1901 a Lo stato come organismo etico, Roma 1914.

(Palermo 1912) a snaží se dokázati vzájemnou jich samostatnost a nezávislost.

Eug. di Carlo jest rovněž stoupencem novokriticismu a stojí velmi blízko del Vecchiovi. Svou theorii propracovává spíše příležitostně v kritických studiích, jichž předmět tvoří téměř výlučně moderní právněfilosofické theorie italské. Řada jeho spisů jest vlastně fragmentárním obrazem přítomného stavu právní filosofie italské a neocenitelnou pomůckou pro toho, kdo jí chce porozuměti.

Pojem práva, praví di Carlo, navazuje na Ravovu theorii, jest principem hodnotícím ve smyslu logickém, ne však ve smyslu ethickém; obsahuje kriterion pro rozlišení práva od nepráva, nikoliv však pro rozlišení práva spravedlivého a nespravedlivého. Tedy je myslitelno i právo nespravedilvé, které odpovídá právnímu pojmu, ne však požadavku spravedlnosti. Pojem práva a ideál práva či spravedlnost jsou dvě od sebe odlišné kategorie, které se zakládají na různém způsobu klassifikace lidské vůle. Pojem práva uskutečňuje se v právu positivním, tak že není jiného práva než positivního. Pokud pak má positivní právo vztah k spravedlnosti, přikládáme mu attribut spravedlivé nebo nespravedlivé. Ale hodnocení práva nelze považovati za samostatnou aktivitu lidského vědomí, nýbrž za určitý způsob hodnocení ethického, za způsob, jehož podmínkou jest křížení se jednání různých subjektů.

Jako kritická filosofie vesměs, snaží se i di Carlo činiti přesný rozdíl mezi právní formou a materií. Na rozdílu tom zakládá čistou právní theorii, jejíž úkolem je určiti formy právního myšlení v jeho nutnosti a obecnosti, bez ohledu na jeho materii. Na vrcholu budovy těchto čistých právních kategorií, které tvoří kostru právního myšlení a činí je možným, stojí forma logicky nejvyšší t. j. pojem práva.

Di Carlova čistá právní věda není však totožna s integrální jurisprudencí Cesarini-Sforzy. Integrální jurisprudence blíží se spíše disciplině, pro níž di Carlo vyhražuje označení obecné theorie práva, a jejíž předmětem nejsou více čisté formy právního myšlení, které jsou produktem racionální spekulace, ale empyrické pojmy práva, vyabstrahované z historického materiálu a podrobené změnám. Čisté právní formy jsou naproti tomu prosty historické a místní omezenosti a podmíněnosti, platíce

absolutně a obecně. Kdežto čistá právní theorie tvoří vedle ethického zkoumání integrující část právní filosofie, spadá obecná theorie práva v obvod právních věd positivních.

Svérázný typ právního filosofa, lišící se od těch, o nichž dosud byla řeč, nalézáme v Antoniu Paganovi. — I Pagano stojí na stanovisku novokriticistickém, i on činí přísný rozdíl mezi fakty a hodnotami; ale způsob, jímž svou theorii v jednotlivostech provádí, je značně odlišným a v právní filosofii italské celkem ojedinělým. Pagano jest subtilním filosofem, který neklade tak důrazu na celek, ale obrací zřetel k jednotlivostem, jimž dovede dodati významu a rázu eminentně filosofických problémů. Pro něj není otázky, která by neměla filosofického pozadí. Ale tento jeho filosofický sklon není na újmu správnému hodnocení fenoménického světa. Pagano jest si v plné míře vědom Kantova principu, že zkušenost o sobě jest slepa, kategorie prázdna, a že tudíž obě třeba ve vzájemném jich vztahu k sobě správně hodnotiti. — Vedle celé řady drobnějších úvah je Paganova filosofie uložena zejména ve dvou obsáhlejších spisech: první z nich je Introduzione alla filosofia del diritto (Torino 1908), druhý L'individuo nell' etica e nel diritto (I-II Roma 1912, 1913). První charakterisován je sklony moralistními, v druhém pokouší se Pagano o individualistickou koncepci ethiky a právní filosofie. Bodem, z něhož v druhém stadiu svého filosofického tvoření vychází, jest ethickoprávní monada, individuum. Z tohoto stanoviska vykládá pak o mravnosti, právu a státu. Právní společnost chápe tu jako zvláštní formu interindividuálních vztahů, a její úkol vidí ve vzájemném vymezení působnosti fysickým i morálním individuálním silám. Toto vymezení odpovídá morálnímu principu tehdy, když podporuje co největší rozvoj ethické individuality.

Jako ostatní filosofové této skupiny i Pagano prohlašuje empyrismus a psychologismus za neslučitelný s právní filosofií, ježto oba směry ignorují rozdíl mezi existencí faktu a ethickou nutností. Nepovažuje však praktický rozum za různý theoretického: rozum jest jediný, orientovaný toliko v tomto případě směrem k vnitřní kontemplaci, v onom směrem k vnějšímu aktu. Právo a mravnost mají sice společný základ pokud pramení z praktické činnosti intellektu. a pokud mají společný cíl uskutečniti ideu člověka jakožto rozumné a vnitřně svobodné by-

tosti. Kdežto ale mravnost nespokojuje se s uznáním lidské důstojnosti v druhých, nýbrž žádá její uznání i v samotném jednajícím subjektu a vede lidské vědomí vždy k vyššímu ideálu dokonalosti, jde právo za tyto elementární požadavky a vystupuje v e f u n k c i mravnosti, ale i jiných sociálních mocí. — Pokud jde tedy o poměr práva a mravnosti lze říci, že ono jest prostředkem, jímž se tato uskutečňuje. Ethika jest rozumovým požadavkem, positivní právo normou; vlastností oné jest i d e á l n o s t, jež pro svou vnitřní hodnotu činí nárok na uskutečnění, právo naproti tomu se redukuje na formu v o l n í h o aktu. Ale ne každá vůle je právem, nýbrž jen ta, která je donucovacím způsobem[17]) ukládána politickou autoritou jejím poddaným. — Ale i při tomto přesném rozlišení pojmu práva a mravnosti neuniká Paganovi nutnost jich ideálního vztahu; proto staví se proti theoriím, které nikoliv liší, (to by bylo správným), ale nadobro separují právní normu od zákona ethického. Právo má vždy míti na zřeteli ethické požadavky. Vědou pak, která zabývá se zkoumáním o způsobu a mezích uskutečňování ethických účelů v společnosti pomocí právních norem a institucí, jest právní filosofie. Jejím úkolem není však jen stanovení ethického minima v právu, ale i maxima; dále zabývá se i protekcí všeho, co jest nutné a prospěšné k zdokonalení lidské bytosti, pokud se to může státi obsahem právní normy.

Za společnou půdu, na níž se pohybuje mravnost a právo považuje Pagano e t h i k u p r á v n í c h v z t a h ů, pro níž původně používal terminu »přirozené právo«, jehož se však později vzdal; ethikou právních vztahů či přirozeným právem rozumí komplex mravních požadavků převeditelných v poměry schopné donucení. Proto přirozené právo dlužno lišiti od positivního: ono je požadavkem, toto normou, která tomu požadavku může vyhovovati, odporovati nebo býti vůči němu indifferentní. Ono je ideální modulou poměrů, toto principem reálních poměrů. Od přirozeného práva dlužno lišiti spravedlnost, která záleží v »constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi«. Spravedlnost jest hodnotou ethickou a lze ji applikovati jedině tam, kde je možné kvantitativní měření: jejím předmětem jsou

[17]) Právní donucení považuje však Pagano nikoliv za fysické, ale psychické, ježto má usměrniti jednání psychického subjektu. Liší se od donucení mravního, které vyslovuje jednoduchý racionální požadavek.

meziindividuální měřitelné poměry, t. j. poměry politické a ekonomické, ne však vztahy čistě mravní, jako láska k rodičům, k pravdě a t. p.

Ale požadavek ethičnosti práva a státu není pro Pagana podmínkou jich uznání. Přes to však v positivní normě dlužno předpokládati její konformitu s ethickým zákonem, ježto by jinak vznikl trvalý a škodlivý antagonismus mezi autoritou a poddanými. Z této presumce plyne pak mravní závazek poddaného poslouchati zákony, ať jsou jakékoliv, pokud není dokázán jich spor s mravním zákonem. V ethice lze tedy klásti otázku závaznosti určité právní normy, ale s hlediska čistě právního nelze připustiti práva na odboj, ježto by to bylo zřejmou kontradikcí.

Podstata právního vývoje spočívá dle Pagana v stále dokonalejší proporci mezi sociálními hodnotami, ve vždy dokonalejší disciplině individuálních poměrů a režimu kollektivních svazů (rodiny, hospodářských sdružení, korporací), a na konec v koordinaci různých sociálních vrstev za účelem obecného dobra. V této poslední funkci právo nesnaží se potlačovati přirozené a nutné kontrasty mezi různými aggregáty, jako ty, které mají původ v různosti politického, vědeckého a náboženského přesvědčení, ale hledí co nejvíce využíti práce těchto aggregátů koordinací jich činnosti a odstraněním třecích ploch. Proto stát, který je orgánem práva, jest považovati nikoliv za surrogát jiných sociálních skupin, ale za jich doplněk.

Stát není jen pouhým organisátorem společenských sil, ale i bytostí rázu ethického, ježto v něm člověk dosahuje maxima svého mravního určení. Mravní idealismus a ethický stát — dí Pagano — mají identický účel: uskutečnění Ducha. Ale mají stejný nejen cíl, ale i činnost. Ethický stát není automatickým strojem nebo hrou slepých sil; stát se uskutečňuje ve vůli jednotlivců, pokud jsou poznávajícím a chtějícím sebevědomím. — Ale tato Paganova individualistická koncepce státu nese v sobě i živly nadindividualistické, ježto individuum participuje na absolutním ethickém řádu. »Ethický stát se jmenuje César, Napoleon, Bismark, Cavour, pokud tito lidé stělesňují ve své historické individualitě universální, mravní hodnotu.« Mezi státem a jednotlivcem není kontrastu ani reální difference, ježto si odpovídají ve smyslu ethickém a spirituálním: stát je činností ethic-

kého individua, a individuum zase transformuje svou činnost v činnosti státu, uskutečňuje v něm vyšší zájmy politické společnosti.

Nemělo by smyslu uváděti zásadní principy Paganovy kriticistické filosofie, ježto jsou mu společny s ostatními zástupci tohoto směru; mimo to těžiště Paganovy theorie spočívá, jak jsem již uvedl, v detailních problémech, a v nich je patrný celý její ráz. Jestliže del Vecchio zmírnil ve své filosofii příkrosti německého ducha, osvojuje si je Pagano v míře dosti značné. Tento rys je zřejmý v jeho koncepci práva a státu: Pagano je filosofem silné moci politické a právní autority. Považuje je za nutný prostředek k uskutečnění kulturních a mravních hodnot, a proto se snaží dáti jim filosofickou sankci. A není to jen idea státu a práva, v jichž služby staví svou filosofii, ale stát a právo konkretní. V pozadí Paganovy filosofie lze prostě vycítiti jeho nacionalistické sklony: Pagano jest filosofem nové Italie, jejíž budoucnost hledá v silném státu a v silné právní autoritě. Je však přesvědčen, že tyto dva principy nedají se uskutečniti bez mravního základu. A proto formuluje požadavek presumce ethického charakteru práva a státu, a spatřuje v ní zdroj poměru ovládaného subjektu k subjektu vládnoucímu.

Připomeneme-li ještě G. Mazzalorsa, jehož theorie[18]) ve svém základě nese v celku podstatné rysy theorií v této kapitole uvedených, vyčerpali jsme tím řadu vyslovených zástupců novokritistického směru v právní filosofii italské. Jejich theorie jsou v pravém slova smyslu kriticistickými, ježto jednak soustřeďují se na kritiku positivismu, jednak snaží se vésti správnou hranici — krisis — mezi empyrickými a apriorními elementy v právu; úvahy, z nichž vycházejí, jsou tedy rázu noetického, a na jich základě pak staví celou právněfilosofickou budovu. Praktických otázek v pravém slova smyslu dotýkají se jen letmo a příležitostně.

Zcela jiného rázu jest theorie Giuseppe Cimbaliho. Cimbali, ač rovněž přijímá these kriticismu za své, nepokouší se o jich theoretické zdůvodnění. Jemu jde především o důsledky pro praktický život, o applikaci filosofických principů na právní

[18]) Podaná v jeho spise Schema di una dottrina intorno la giustizia e il diritto, Bologna 1909.

praxi, zejména na právo trestní a mezinárodní. Jsa filosofem vůle a positivního tvoření nalézá v aktivitě lidského ducha živel, který mechanistická koncepce lidského jednání, hlásaná positivismem, negovala, snižujíc člověka na pouhý stroj a hračku přírody. Myšlénka práva zdá se Cimbalimu dokonce s tímto positivistickým názorem neslučitelnou. Ve svém spise La volontà umana in rapporto all' organismo naturale, sociale e giuridico (II. vyd. Roma 1898), v němž zkoumá podmínky svobody a omezenosti lidské vůle, dochází Cimbali k závěru, že člověk v mezích nezměnitelných zákonů přírody jest bytostí svobodnou, že jeho činy jsou dítětem jeho ducha, jeho já, jeho vědomí. Princip, který je základem civilisace a práva, je tedy autonomie ducha. Bez ní nebyl by myslitelný pokrok a vývoj k lepšímu, nebyla by myslitelná ani mravní a právní zodpovědnost. Cimbali, filosof volného ducha a iniciativy, nerozpakuje se přijmouti za svou kontraktuální theorii o vzniku společnosti, ježto jest v souhlasu s jeho voluntarismem, neodmítá ani přirozeného práva jakožto konstantního rozumového diktátu se změnným obsahem, který mu dodává zkušenost. Ale hlavním polem, na němž Cimbali uplatňuje své předpoklady, jest právo mezinárodní. Toto právo — dí Cimbali — pochybilo v tom, že bylo positivistické: spokojilo se anarchickým statem quo a sankcionovalo jej svou nemožnou logikou, nechápajíc problému reformy, která se v něm dala uskutečniti. Mezinárodní právo vůbec nebylo právem, ale libovůlí, nadvládou silných nad slabými, bellum omnium contra omnes, bez právní jistoty a záruk. V právu mezinárodním vládne tedy dosud týž stav pěstního práva, jaký vládl ve středověku v poměrech individuálních; a jako z těchto poměrů vysvobodila státní společnost idea skutečného práva prohlášená velkou revolucí, tak i poměry mezinárodní dají se ozdraviti jedině jich juridifikací. Jako prohlášení lidských práv bylo nutným požadavkem lidského rozumu, jest jím stejně i prohlášení práv národů, které by učinilo národy rovnocennými a rovnoprávnými ve vzájemných stycích a zjednalo jich ochranu a mír. Prohlášením práv národů dokončí se dílo velké revoluce, která započala osvobození lidstva z pout otroctví.

Této myšlénce věnuje Cimbali svůj život, v její služby staví veškerou svou práci. Propracovává a rozvádí ji v celé řadě úvah, a propaguje ji v založené jím revui I diritti dei popoli. Nespoko-

juje se ale pouze s theorií: navazuje styky s činnými politiky a státníky snažil se svou myšlénku uskutečniti jich vlivem, ale bez dosud patrného výsledku. Reforma mezinárodních poměrů uskutečněná po světové válce jest jen stínem ideálu, který Cimbalimu tanul na mysli.[19])

Než přejdu k vylíčení positivistických směrů zmíním se několika slovy o theorii, která v dnešní právní filosofii neznamená žádné novum, nýbrž jest jen zmodernisovanou doktrinou středověku. Mám na mysli obnovenou filosofii křesťanskou. Základem, na němž buduje tento směr, znovu oživlý a zreformovaný po encyklice Aeterni patris Lva XIII., jest v podstatě filosofie sv. Tomáše Aquinského, ne však v její původní podobě, ale přizpůsobena modernímu filosofickému myšlení, ovšem pokud se to snáší s myšlénkou katolické theologie. Tento novodobý vliv je však spíše jen rázu vnějšího, ježto uplatňuje se převahou při formulaci filosofických problémů a v methodě, myšlenkově však, alespoň pokud jde o základní filosofické problémy, neoscholasticismus neopouští mezí katolické orthodoxie a původního učení Aquinova.

Z moderních zástupců tohoto směru, který ostatně i před devadesátými léty byl v Italii dosti početně zastoupen, uvedu jen dva, způsobem myšlení sobě vzdálené, ale jádrem své filosofie přece si blízké filosofy: Francesca Vigliarola a Francesca Aquilantiho. První z nich, filosof mystických sklonů, v několika právněfilosofických pojednáních, podaných těžko dostupnou formou a přeplněných symbolikou, snaží se o výklad práva »na základě principů křesťanského náboženství a nadpřirozeného zjevení«. Zdroj absolutního práva jest v božském řádu, v boží omnipotenci, ba právo to jest identické s Absolutním Bytím, t. j. Bohem; jest nezávislé na stvoření a jeho funkcí jest svoboda tvoření. Z absolutního práva, které se klade jako zákon, moc a čin, prýští právo empyrické, t. j. právo,

[19]) Jiné, důležitější spisy Cimbaliho, jsou: La città terrena, Roma-Torino; Le scienze morali e politiche, il loro metodo ed i loro risultati. Roma-Torino 1893; Il diritto del più forte, Roma-Torino 1902; Saggi di filosofia sociale e giuridica, Roma-Torino 1903; Ragione e libertà, 1915 Roma; Nicola Spedalieri pubblicista e riformatore del secolo XVIII., Città di Castello, 1905; Il compito della filosofia del diritto nell' organizzazione dei rapporti internazionali, Torino 1912.

jež se projevuje v konečném řádu. — Myšlenku vyslovenou Vigliarolem [20]) vykládá ve svém dvoudílném spise nadepsaném Filosofia del diritto (Roma 1916) Franceso Aquilanti ve formě nepoměrně vědečtější a modernímu duchu bližší. Ovládá znamenitě moderní právně filosofický materiál a dovede jím zdůvodniti, a tam, kde třeba, i obratně zastříti své scholastické přesvědčení. Právo je Aquilitimu výrazem Universálna: proto v člověku, který je vyzbrojen právem, žije věčná Idea Zákona, táž, pro níž Sokrates vyprázdnil číši jedu, a jíž zůstal věren až do smrti. A tímto universálním elementem v právu jest spravedlnost. — Ale poslední metafysický základ práva interpretuje si náš filosof čistě theologicky: Bůh je mu nejvyšším subjektem, nepostrádatelným předpokladem práva, ježto jest jedinou možnou zárukou osobních práv právě tak, jako reality subjektů, a řeší v sobě obtížný problém mezi konečným a nekonečným.

Pro nás, kteří jsme vyšli z ovzduší moderní vědy, a kteří a priori vylučujeme orthodoxní náboženské hledisko z filosofického zkoumání, bude se novoscholasticismus v rámci nejnovějších právněfilosofických theorií vyjímati poněkud exoticky. Budeme překvapeni i tím, že uvedený směr nekonkuruje jen v skrytu se vskutku vědeckými theoriemi právněfilosofickými, ale má i své officielní zástupce na universitách. Tak Vigliarolo byl docentem na universitě neapolské a svého času i kandidátem na katedru právní filosofie v Bologni; Aquilanti pak je od několika let docentem university římské. Tyto okolnosti jsou pro italskou právní filosofii příznačné, ale vysvětlitelné; jsou dokladem jednak poměrné chabosti positivismu, který smrtí Vanniho překročil svůj kulminační bod, a kvapem pozbývá svého vlivu, jednak idealistické orientace většiny právněfilosofických katheder na italských universitách, vedoucí mnohdy v odporu k positivismu příliš daleko.

Novoscholastickému směru chybí svoboda: třeba sebe více přizpůsoben modernímu myšlení nedostane se za mez vytknutou mu s jedné strany autoritou velkého aquinského scholastika a s druhé autoritou církve. Zůstane proto neplodným vědecky i filosoficky.

---

[20]) Zejména ve spise La filos. del diritto o i principi ideali del diritto, Napoli 1902. Dále srv. Osservazioni dichiarative pel concorso alla catedra di filos. del dir. nella reg. università di Bologna, Napoli 1902.

## IV.

Zmínil jsem se na počátku své úvahy za jakých okolností zrodil se v Italii positivistický směr, a jaké následky měl tento převrat v myšlení pro právní filosofii. Jedním z prvých, kteří novému proudu podlehli, byl Roberto Ardigô, v jehož theorii velmi výrazně se rýsuje nová tendence právního myšlení, které svým východiskem chce činiti ne již absolutní ideu, kolem níž se točily úvahy racionalistických škol, ale positivní fakt spravedlnosti a práva. Proto Ardigò hledá empyrickou basi, na níž by zbudoval právní filosofii jako vědu o právních faktech, a nalézá ji v rodící se sociologii. Sociologie jest mu jakousi přírodní vědou o společenských zjevech, neboť společnost, společenské processy a život považuje za stejně přirozené zjevy, jako strukturu, processy a život biologického organismu. Ale specifikem společenského života jest spravedlnost: nebýti spravedlnosti, která ji udržuje, nebylo by ani společnosti. Proto věda o společnosti jest myslitelna jen jako věda o spravedlnosti; čili sociologie jest možna jen jako právní filosofie. Nuže, Ardigò právní filosofii sociologisuje, slučuje představu nové vědy o společenských zjevech s představou starší právní filosofie; ne v tom smyslu, že by sociologie prostě a bez kritiky přijala celou zásobu představ staré právní ideologie, ale tak, že ideu a ideál práva bude napříště vykládati jen jako fakty vzniklé psychologickými processy, které jsou podmíněny lidským soužitím.

Ardigò zdůrazniv tímto pojetím práva trojí jeho stránku — sociální, psychologickou a historickou — položil základ k příštímu nazírání na právo v té části italské právní filosofie, která vyšla od Comta. Všichni zástupci tohoto směru zdůrazňují pak sociologický, psychologický a historický charakter práva, ovšem v různé míře a různým způsobem. — Ale italský positivismus právněfilosofický má svůj zvláštní, specifický ráz a ušlechtilé filosofické tendence. Nechce býti prostou právní anatomií a popisnou vědou, ale disciplinou, která má na zřeteli také vysoké filosofické problémy, pod jichž zorným úhlem chce se dívati na svět právních zjevů. A tento rys je dědictvím, které italský positivismus moudře přejal od směrů idealistických. Je oduševnělým a prozíravým, má široký rozhled a neobává se řešiti problém právních ideálů, na který positivismus jiných národů zvykl si často hleděti s patra.

Tento ráz, který sdílí značná část positivistických theorií, jest vlastní i učení hlavního representanta tohoto směru v moderní době, Icilia Vanniho. Díme výslovně hlavního representanta, ježto Vanni stal se vskutku intellektuálním vůdcem a vzorem školy positivistické, tak jako Filomusi Guelfi jedné frakce idealistické. K Vannimu obrací se většina moderních italských právníků positivistů, recipuje jeho názory, dokonce se pokouší je opraviti a doplniti, ale v této snaze jíti za něj nedostává se v podstatě mnohem dále. A proto lze Vanniho považovati za vyvrcholitele italské positivistické právní filosofie. Učinil pro právní filosofii vše, co pro ni positivismus učiniti může, ne-li v podrobnostech, tož aspoň v obecných rysech. Učinil uznánıhodný nárys právně filosofického systému ve svých Lezioni di filosofia del diritto (Bologna 1915, 3. vyd.), nárys, který byl určen pro účely akademického studia, a který, žel, následkem poměrně předčasného skonu autorova nedozrál k podrobnějšímu propracování a provedení. [21])

Vanni výslovně se hlásí k směru vědecké filosofie; ta však je mu myslitelna jen jako filosofie positivistická, budující na datech zkušenosti. Ale positivismus nesmí býti přijímán jako dogma, nýbrž třeba mu dáti důkladnou analysou zkušenosti kritický základ. Proto Vanni nazývá svůj positivismus positivismem kritickým, ježto připíná dílo Comtovo na Kantovo: takto chápaný positivismus nezastavuje se však u Kanta, ale znovu se podjímá jeho díla, korriguje a doplňuje je v několika směrech, a posléze je překonává, aby vyústil v ten proud, který se nazývá novokriticismem.

Vskutku Vanni jest kriticistou: ne však jen v tom smyslu, že by si kritickou methodou řešil toliko problém gnoseologický, ale že postupuje přísně kriticky ve všech otázkách, jež právnímu filosofu klade jeho věda. Jaké jsou tyto otázky? Positivistická právní filosofie nemohla recipovati program racionalistických škol, nemohla se však také spokojiti s příliš povšechným a neurčitým plánem, na kterém svou právní filosofii zbudoval Ardigò; čekal ji prostě úkol formulovati program, který by vytkl

---

[21]) Srv. další spisy Vanniho La funzione pratica della filos. del diritto, Bologna 1894, Il problema della filos. del dir. nella filosofia, nella scienza e nella vita ai nostri tempi Verona 1890. Gli studi di Henry Sumner Maine e la dottrina della filos. del dir. Verona 1892.

směr, jímž by se při řešení právních problémů řídila. A to provedl kritický duch Vanniho. Proto jeho »Lezioni«, třeba že byly především myšleny jako systematický nástin právní filosofie, vykazují do značné míry programatický ráz, ježto se v nich jeví snaha vymeziti právní filosofii přesné hranice, určiti problémy, kterými se má zabývati a methodu, jakou má postupovati.

Právní filosofii definuje si Vanni jako vědu, která — provádějíc synthesu nejvyšších principů speciálních právních věd — studuje právo se zřetelem k universálnímu řádu, s kteréhožto hlediska pak vykládá jeho historický vznik v lidské společnosti, a posléze se stanoviska ethického uvažuje o jeho rozumových předpokladech. Předmětem právní filosofie je trojí bádání: a) kritické, b) synthetické a c) deontologické.

ad a) Kritické bádání záleží v bezprostřední applikaci noetických principů na právní poznávání. Postupujíce tímto směrem, shledáváme, že poznávání práva je podmíněno dvěma činiteli: subjektivním a objektivním. Objektivním faktorem je právní fakt, t. j. závazná norma jednání, řídící vnější vztahy lidského soužití a mající původ v státní autoritě. Subjektivní faktor záleží naproti tomu v činnosti ducha, který reaguje na právní zkušenost, zpracovává a organisuje ji. Idea práva není tedy vrozena, nepředchází naší zkušenosti a netranscenduje ji: je, jinými slovy, relativní a nikoliv absolutní; existuje tedy jen právní zkušenost, podávající nám právo jako společenský a historický fakt.

ad b) Bádání synthetické lze nazvati i fenomenickým, ježto jeho předmětem je právo jako sociálněhistorický fenomen, který má svůj původ a vývoj. Zabývá se tedy právní fenomenologie zákony původu a vývoje práva; v této funkci lze ji nazvati filosofii právních dějin. Vedle toho však studuje i konstantní a uniformní elementy v právu, zkoumá význam práva pro lidský život a pozoruje je v jeho vztazích k veškerenstvu věcí. V tomto vztahu k universálnímu řádu nabývá právní filosofie skutečné a vysoké filosofické hodnoty.

ad c) Spokojuje-li se právní fenomenologie tím, co jest, nepostačí to bádání deontologickému. Právo musí býti i hodnoceno, žádá si kriterií, dle nichž třeba stanoviti, zda existující právní řád má smysl, zda to, co existuje, býti má; jinými slovy, zda to, co je právem, odpovídá také požadavku spravedl-

nosti. Ale právní filosofie applikujíc kriterium spravedlnosti na určitý platný právní řád, není oprávněna tvořiti nové právo; tím by se dopouštěla omylu přirozenoprávních theorií.

Základ práva nalézá Vanni v životních podmínkách jedince podléhajících společnému zákonu přírodní kausality. Leč základ tento není bezprostředním: mezi právem a individuem stojí ještě společnost a historie. — Životní podmínky, které jsou základem práva, projevují se interessy, a to interessy nejen materielními, ale i ideálními, nejen mravními, ale i intellektuálními. Tyto interessy určují, co má býti obsahem právní normy. V této funkci ztrácejí však charakter čistě přirozené nutnosti a transformují se v požadavek racionální, v nutnost rozumovou. Nuže, spravedlnost a právo jsou výrazem této rozumové nutnosti. Právě uvedený racionální základ práva není však něčím akstraktním, nezměnným, ležícím mimo čas a prostor. Právě jako se mění životní podmínky, mění se i racionální požadavky, z nichž se právo rodí. Právo garantuje životní účely se zřetelem k poměrům místním a časovým. Proto idea práva je r e l a t i v n í, nikoliv absolutní: zkušenost neposkytuje jiného práva, než jak je vytvořil běh dějin.

Vedle historičnosti práva, nelze přehlížeti ještě další jeho vlastnost: s p o l e č e n s k ý charakter, a to v dvojím smyslu: předem, že právo jest produktem psychického kollektivního processu, za druhé, že je organisačním řádem, který zabezpečuje zachování a vývoj společenských aggregátů. Ale zachovávaje společnost umožňuje zachování i jejich komponentů, t. j. individuí. — Leč vedle ochrany společnosti a individua sleduje právo i vyšší cíle: jest organisační formou a nástrojem kultury, a tím stává se zárukou individuálního i společenského rozvoje. V této funkci řídí se principem spravedlnosti, jejíž podstatou jest proporce vyjadřitelná formulí »suum cuique«. Tímto »suum« rozumí se »suum necessarium«, čili to, co jest společnosti a jednotlivci nevyhnutelně nutným pro dosažení jich cílů. Aby se však v daném případě určilo toto nezbytné, dlužno sáhnouti ke konkretním podmínkám a požadavkům společnosti.

Vanniho positivismus, jak bylo výše řečeno, sáhl po Kantově kriticismu, aby jím upevnil své noetické předpoklady. Tento pokus, který našel ozvuk u některých positivistů, vyvolal však odpor jiného čelného stoupence positivistického směru

Salvatore Fragapana. Kriticismus považuje totiž Fragapane za výron skepse o správnosti positivistického hlediska, a proto za vědeckou reakci: kriticismus neguje positivismus, ale nespouštěje se ho docela, nedává leč eklekticismus; je prostě kritikou ideologickou. Ve Fragapanově kritice, někdy nadsazující, je také dobré jádro: totiž to, že třeba právní filosofii odvrátiti od rozvleklých noetických úvah, v něž zabředla, vzdalujíc se vlastních právněfilosofických problémů, a vrátiti ji jejímu původnímu určení. Fragapane chce, aby právní filosofie překonala přehnaně kritické a programatické stadium, a vstoupila v stadium konstruktivní. Ačkoliv zprvu sám nastoupil tuto cestu konstruktivního a positivního studia právních otázek,[22]) zpronevěřil se později svému stanovisku, odhodlav se k velkému programatickému dílu nadepsanému Obbietto e limiti della filosofia del diritto (Roma 1897), v němž snaží se jednak zdůvodniti nutnost positivistického základu pro právní filosofii, jednak načrtnouti plán této discipliny. V tomto plánu odchyluje se značně od Vanniho: popírá totiž legitimaci právní filosofie k řešení jednak noetických, jednak praktických právních problémů. Právní filosofie jest čistě theoretickou vědou o právních fenomenech, zkoumající jich původ, vývoj a funkci v společnosti; její existence má smysl toliko v úplném jejím přimknutí se k sociologii, ježto společenskost jest podstatným znakem práva. Právní filosofie nemůže se tedy připínati přímo na nejvyšší kosmické problémy, kterými se zabývá filosofie obecná: mezi ní a touto stojí sociologie jakožto sprostředkovací synthesa a jediný možný základ studia právních fenomenů.

Jsa přesvědčením evolucionista dává Fragapane přednost genetickému bádání o právu, jež považuje za objektivní hodnotu, vyvíjející se přirozeně v dějinách. Tomu však nelze rozuměti tak, jako by právo a spravedlnost existovaly mimo člověka: ani jedno ani druhé není extrapersoniální ideou ve smyslu idealistické doktriny, ale přirozenou, ryze lidskou hodnotou, zrodivší se v společenském individuu dlouhým vývojem, při němž působily jak skutečnosti vnitřní — psychické, tak vnější — prostředí. Ve výše uvedené studii o vzniku práva sleduje Fragapane vývoj sankce, která zprvu má ráz čistě naturální, zakláda-

22) V díle Il problema delle origini del diritto, Roma 1896.

jíc se na skutečnostech rázu biologického, pak nabývá charakteru mravního projevujícího se ve vědomí povinnosti, a posléze stává se hodnotou čistě právní. Zdrojem právní sankce je sociální autorita, či lépe sociální moc; každé pravidlo může se státi právní normou tím, že vůle jednotlivců jsou si vědomy, že jednají ve smyslu sociálního příkazu, a že při jeho přestoupení narazí nejen na přirozenou a mravní sankci, ale že se vydávají trestu uloženému sociální mocí. —

Jestliže Fragapane odsoudil kriticismus jakožto s positivismem neslučitelný, nechybělo s druhé strany jiných positivistů, kteří se jím dovedli nadchnouti. Tak Alessandro Levi[23]) má za to, že kritické bádání nelze provésti odděleně od ostatních programových bodů právní filosofie, ale že celý její program je podstatně kritický. A Antonio Falchi,[24]) ač převahou věnuje se dějinám právní filosofie, provedl jakési kritické odůvodnění a revisi positivistické právní filosofie ve svém spise Le esigenze metafisiche della filos. del dir. e il valore dell' apriori (Sassari 1911).

Vanni, předpokládaje, že zákony, jimiž se řídí právo, jsou toliko mody zákonů universálních, snažil se uvésti právní filosofii v úzkou závislost na filosofii obecné. Proti tomuto pokusu vyslovil se již Fragapane, který mezi právní filosofii a filosofii obecnou vsunul sociologii, prohlásiv sociologickou basi pro právního filosofa za nepostradatelnou. Tentýž názor sdílí jiný z nejmladších zástupců positivismu Alessandro Groppali.[25]) Groppali se dostal k názoru o nepostradatelnosti sociologického studia právních jevů přes filosofii Ardigovu, která chápe kosmický process jako postupně progressivní řád formací vždy vyšších a autonomnějších, které sice zachovávají souhrn vlastností a sil formací předešlých, současně jsou však jich integrací, nabývajíce vlastní individuality a specifického charakteru. Jestliže tedy právo jest přirozenou formací (ježto se nemůže vymknouti působení sil vládnoucích věčně v tvůrčím kosmickém processu),

---

[23]) V spise Per un programma di filos. del dir. Torino 1905; dále srov. Filos. del dir. e tecnicismo giuridico Bologna 1920.

[24]) Falchi napsal také studie o Fragapanovi a Vanuim. Známé je jeho dílo »Le moderne dottrine teocratiche, Torino 1908.

[25]) Zejména srv. jeho Filos. del diritto, Milano 1906 a Sociologia e filos. del diritto, Piacenza 1908.

přece není jen ovládáno toliko zákony fysikálními nebo organickými zákony přizpůsobení, dědičnosti a »struggle for life«, ale především a bezprostředně podléhá vyšším zákonům psychosociálním, které se rozvíjejí v soužití sdružených a v stejném přirozeném prostředí žijících bytostí. Proto prvním úkolem právní filosofie jest studovati právo jako společenský fakt, a teprvé potom může se právní filosofie pokusiti o určení vztahu a práva životu kosmickému. —

Když s positivistickou filosofií vstoupila v řadu již existujících věd sociologie, stala se situace právní filosofie poněkud nejistou a pochybnou: vynořila se totiž otázka, jak odůvodniti její existenci vedle nové vědy, která mimo jiné problémy zabývá se také nejobecnějšími otázkami právními, jež si dříve osvojovala výhradně právní filosofie. Nutno uvážiti, že v sedmdesátých a osmdesátých létech byla sociologie ještě vědou nedosti jasných obrysů, tak že není divu, vznikl-li zmatek v těch vědách, jichž oboru se dotkla. Proto i právní filosofie začala velmi záhy reagovati na její vystoupení a snažila se vymeziti k ní svůj poměr. Někteří z právních filosofů neviděli v sociologii nic jiného, než nový směr právní filosofie, resp. jakousi její transformaci a doplněk (Filomusi-Guelfi); jiní naproti tomu přímo redukovali sociologii na právní filosofii, ježto za základ společenského života považovali spravedlnost (Ardigò). V celku však v názorech právních filosofů na sociologii vládl buď zmatek nebo nejasno plynoucí z jich zdrženlivosti k sociologickému bádání. Tento stav trval ještě kolem devadesátého roku volaje po zevrubné práci, která by definitivně vnesla jasno ve vzájemný poměr obou uvedených věd; a díla toho ujal se Dionisio Anzilotti a provedl je v spise La filos. del diritto e la sociologia (Firenze 1892).

Hlavní otázka, již si klade Anzilotti, zní: pohlcuje sociologie právní filosofii, neponechávajíc pro ní vedle sebe místa? — a odpovídá: Nikoliv; pokusy nahraditi právní filosofii sociologií jsou neoprávněné a mylné. Veškeré sociální jevy jsou arci jevy sui generis, a mají tudíž nárok, aby byly zpracovány zvláštní vědní disciplinou. Ale vedle toho třeba současně uznati, že společenský život má různé funkce, které rovněž mohou se státi předmětem zvláštní vědy. Čili vedle obecné sociologie, která je obecnou a synthetickou vědou o sociálních faktech, jsou možné,

ba nutné, speciální sociologické discipliny, z nichž každá omezuje se na určitou kategorii sociálních jevů. V počet těchto speciálních společenských věd náleží i právní filosofie jakožto věda, která zabývá se tou stránkou společenského života, jíž nazýváme právem. Na jiném než sociologickém základě právní filosofii pěstovati nelze: jako právo, jsouc produktem společnosti, má jen v ní smysl, tak i právní filosofie jest myslitelna jen v okruhu sociálních věd. Právní filosofie jest vědou 1. o nejvyšších právních principech, 2. o zákonech vzniku a vývoje práva, a posléze 3. o praktické funkci práva. Základem praktické funkce práva jest psychosociální fakt uznání a souhlasu, plynoucí z přesvědčení o nutnosti konkrétního právního řádu. Tento stav přesvědčení vyplývá z poměru právních norem k idealitám, které lidský rozum a sociální vědomí si vypracovaly na základě skutečných a nutných poměrů, a které docházejí své realisace v právním řádu. Provésti analysu právních idealit, zejména nejvyší z nich — ideálu spravedlnosti, jest rovněž úkolem právní filosofie. — Anzilotti však si netají, že sociální živel není jediným, který se v právu uplatňuje, naopak, je přesvědčen, že při tvoření práva hrají roli i momenty individuální; ale tyto interessy a požadavky ryze individuální není již schopna vysvětliti sociologie, ale jiná věda — anthropologie. Je tedy právní filosofie synthesou bádání sociologického a antropologického.

I Anzilotti zůstal vězeti na mělčině, na níž uvízla většina italských právních filosofů poslední doby — v programatičnosti a kriticismu. Výše uvedené jeho dílo je v podstatě jen programem právní filosofie, ale programem, který zůstal neprovedem. Ostatně Anzilotti svůj názor na právní filosofii, jak se zdá, později pozměnil; tomu aspoň nasvědčuje kurs jeho přednášek na římské universitě, publikovaný jen litograficky a nesoucí více ráz formální obecné pravovědy než sociologické právní filosofie.[26]) —

V spor o vzájemný poměr sociologie a právní filosofie zasahují také úvahy sociologa Asturara, který si však otázku uvedeného poměru řeší zcela jinak než Anzilotti. Jemu totiž právní

---

[26]) Na obecnou pravovědu snažil se zredukovati právní filosofii i věhlasný romanista Pietro Bonfante ve svých přednáškách na univ. parmské. Srv. jeho litografické Lezioni di filos. del dir. Parma 1899—1900.

filosofie není vůbec samostatnou vědou, nýbrž integrující součástí obecné sociologie, pokud se odnáší k právním fenomenům. V tomto smyslu buduje právní filosofii Asturarův žák Nardi-Greco ve své knize »Sociologia giuridica« (Torino 1907), jíž označuje za »obecnou sociologii právních fenomenů«.

S podobnou synthesou sociologického a antropologického nazírání na právo jako u Anzilottiho, shledáváme se i u Giuseppe D'Aguanna, který ve svém pěkně založeném spise La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultanze delle scienze antropologiche e storico sociali (Torino 1890) považuje za půdu, z níž právo vyrůstá, citovou stránku člověka. Z původních citů sebezachování, svobody a majetku rodí se city individuálně sociální a čistě sociální, mezi nimi i cit spravedlnosti. Tento cit dochází později konkrétní formulace v idei spravedlnosti, jejíž obsahem je přesvědčení, že k dosažení podmínek koexistence je nutným vzájemné omezení činnosti jednotlivců a ohled na rozvoj činnosti druhých, a to proto, aby bylo možno dospěti k společnému cíli. Z citu a ideje spravedlnosti rodí se pak právo positivní. — Chápáním práva jako synthesy živlu společenského a individuálního blíží se D'Aguannovu stanovisku romanista Biagio Brugi[27]) a pak Romolo Bianchi.[28]) Prvému jest právo jednou formou společenské rovnováhy, dle druhého má idea práva původ v citu, vznikajícím rušivým zásahem v majetkovou sféru člověka, a — ježto majetek je projevem osobnosti — zásahem v osobnost samu. —

V řadě moderních italských sociologicky orientovaných právních filosofů zaujal významné místo bývalý professor turinské university Giuseppe Carle, zejména dvěma spisy — La filos. del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale (Torino II vyd. 1890) a La filos. del dir. nello stato moderno (Torino 1913). V prvním spise líčil Carle, jak se právo a právní ideje vyvíjely v souvislosti s daným společenským prostředím, programem druhého díla — z něhož pokud mi známo, vyšel toliko první díl — bylo vylíčiti podstatu a funkci právní filosofie v mo-

---

[27]) Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali, Firenze 1891 a Il diritto nella concezione sociologica del progresso, Roma 1911.

[28]) V Aggregazioni umane e il fenomeno giuridico, Messina 1905, a v Il furto e l'idea di giustizia, Napoli 1904.

derní době. Carle, ač sociolog, stavěl se proti jednostrannému sociologickému výkladu práva, a zejména v prvním uvedeném spise zdůrazňoval vedle sociálního i individuální živel při vzniku a vývoji práva. Společnost — dí Carle — nepohlcuje individua: mezi ním a jí jest stálá ideová akce a reakce. Sociální prostředí sděluje arci svůj charakter jednotlivci, ale i jednotlivec modeluje společnost dle svého obrazu. V kollektivní bytosti (t. j. v společnosti) nalézáme ve velkém to, s čím se v člověku shledáváme v malém. Jako člověk složen je z těla a duše, tak i společnost má svou stránku fysiologickou a psychickou, konečnou a nekonečnou, z nichž prvé dostává se výrazu v materielní, druhé v spirituelní stránce práva. Tato, jsouc konstatním živlem v právu, ukojuje vznešené aspirace lidského ducha, ona representuje pomíjející element právních institucí a vyhovuje nižším potřebám lidského života. Tento obojí živel v právu nachází se v stavu stálé vzájemné akce a reakce, která se řídí zákonem progressivní spiritualisace, postupně zbavujíc právo materielních a hrubých prvků, a činíc je mírnějším a lidštějším interpretem rozumových principů. — Úkolem právní filosofie je bádati nikoliv o tom, co je v právním životě různého, přechodného, partikulárního, ale o tom, co je v něm společného, konstantního a universálního, čili o jeho původu, zákonech vývoje a universálních rozumových principech.

Jiný ze sociologů, M. Angelo Vaccaro, dává své právní theorii podklad biologický. Vychází právě jako Gumplowicz z předpokladu antagonismu přírodních sil, který v lidském druhu se transformuje v zápas jednotlivce s jednotlivcem, a v lidské společnosti v zápas jedné skupiny s druhou. Prvotní brutální forma tohoto zápasu béře na sebe časem formu mírnější, a to tehdy, když potírající se strany nahlédnou škodlivou stránku bezohledného boje. To je počátek vzniku mravnosti a práva. Jako zprvu vedl člověk bezohledný zápas, aby se přizpůsobil těžkým podmínkám přírodním, tak nyní slouží mu právo za prostředek přizpůsobení sociálnímu prostředí tím, že právním subjektům vytýká podmínky jich koexistence.[29])

---

[29]) Srv. Vaccaro: La lotta per l'esistenza, ed i suoi effetti nell' umanità, Torino 1902 3. vyd.; dále Le basi del diritto e dello stato, Torino 1893.

Tím v celku bychom vyčerpali největší skupinu positivistických theorií, jíž lze prostě nazvati sociologickou. Tyto theorie nestojí k sobě v poměru naprosté myšlénkové shody: jediným jich styčným bodem jest akcentování společenského charakteru právních jevů; ale názor na povahu společenského aggregátu a jeho účast při tvoření práva se od jedné z těchto theorií k druhé mění. Tím větší jsou arci mezi nimi rozdíly v otázkách sociologicky irrelevantních, tak že v skutečnosti stojíme tu před pravou mosaikou různorodých právněfilosofických theorií umístěných toliko v společném rámci sociologickém.

Do jiné skupiny, která k právě uvedené stojí v nejužším vztahu, a kterou jsem na počátku nazval sociálně psychologickou, bylo by možno zahrnouti i velkou část právních filosofů-sociologů, o nichž jsem jednal, ježto považují právo za produkt »kollektivního vědomí«. Zde však pod označením »sociálně-psychologické« mám na mysli jen ty theorie, které kollektivně-psychologický charakter práva považují za prvořadý do té míry, že se jim filosofické bádání o právu redukuje v podstatě na právní psychologii. — Nejvýznačnějším zástupcem tohoto směru v Italii — nepočítáme-li arci Ardiga, který spadá v periodu předešlou, a který připravoval vznik moderní sociologické školy vůbec — jest Vincenzo Miceli, který chápe právo jako spontanní emanaci psychických sil, působících a vyvíjejících se v společenském aggregátu.[30]) Právní vědomí není žádnou fikcí ani abstrakcí, ale živoucí skutečností, reální formací, která se začíná projevovati jasně až tehdy, když sociální skupiny si začínají samy sebe uvědomovati. I otázka rozdílu práva a příbuzných kategorií jest Micelimu otázkou psychologickou. Miceli zabývá se rád psychologickou stránkou problému t. zv. právních idealit připomínaje v tom na Ardiga. Právními idealitami označuje ten obecný způsob právního myšlení a cítění, který se staví v protivu k platnému právnímu řádu; právní ideály jsou souhrnem snah, které jeví tendenci realisovati se v positivním právu. Zprvu nesou ráz prostých představových a citových processů velké attrakční síly a sociální expanse, tak že se stávají jakýmsi společenským centrem, kolem něhož se pohybuje, a jímž se dává

[30]) Srv. zejména: Studi di psichologia del diritto, Perugia 1902; Le fonti del diritto dal punto di vista psichico-sociale. Palermo 1905.

ovládati vědomí jednotlivců. Později však, když začínají určovati i volní processy sociálního charakteru, přestávají býti pouhými idealitami a začínají se aktualisovati jako normy jednání. Dle formy, v níž se právní idealita konkretisuje, činí pak Miceli rozdíl mezi různými druhy právních pramenů.

Na právní filosofii v obecném slova smyslu, dívá se však Miceli v celku skepticky: má za to, že právní filosofie jako věda sui generis vůbec neexistuje; neboť to, co se pod tímto jménem podává, jest toliko jakousi spojeninou ethiky a obecné pravovědy. Přes to však nepopírá nutnost a potřebu vyšší právní vědy nadřazené jednotlivým právním naukám; takovouto obecnou theorii positivního práva dokonce sám vybudoval ve svém spise »Principi di filosofia del diritto« (Milano 1914). Psychologické zkoumání o právu tvoří jednu její stránku.

Jiní právníci podružnějšího významu, kteří se kloní k směru sledovanému Micelim, jsou Zino Zini, jehož spis Giustizia (Torino 1907) řeší psychologickou methodou otázku vzniku a vývoje spravedlnosti, a pak Atilio Caligaris, asturarovec se sklonem ku Kantovu kriticismu, vysvětlující právo jako projev psychické kollektivní energie. —

Další směr, který však v moderní italské právní filosofii nesetkává se s vlídným přijetím, jest historický materialismus; jeden z nemnohých, kteří při budování své právní theorie jím dali na sebe působiti, jest Achille Loria,[31]) národní hospodář, obracející se k filosofickoprávním úvahám jen příležitostně. To, co Loriovo učení činí zajímavým, jest jeho názor na spravedlnost. Loria vytýká národním hospodářům, že se nestarají o metafysický problém spravedlnosti, dokazujíce, že právo jest v každé epoše nutným produktem skutečných, zejména hospodářských poměrů — tedy pravým právem přirozeným, a že každá od něho odlišná konstrukce právního řádu jest jen prázdnou formou a pouhým plodem fantasie, který je beze vztahu k skutečnému životu. Dle Lorie není nic zvrácenějšího než takovýto názor. Sám s ostatními historickými materialisty také sice uznává kausální nutnost sociálních vztahů, je však přesvědčen, že na dějinách béře účast i člověk se svými ideami. Jednou z těchto idei jest mravní soud o platných sociálních a

[31]) Srv. jeho Verso la giustizia sociale, Milano 1904.

právních řádech a jich souhlasu nebo nesouhlasu s příkazy vyrovnávací spravedlnosti; požadavek sociální spravedlnosti není jen fikcí, ale positivní skutečností, od níž nelze abstrahovati, nepřemožitelnou představu, která se člověku stále vtírá a klade mu otázku, který sociální řád je nejspravedlivější. Obsahem této ideje sociální spravedlnosti je dle Loriova názoru princip, že každému má se ve společnosti dostati odměny dle jeho námahy, čili, že odměna má býti úměrná vynaloženému úsilí. Proto prý třeba odsouditi kapitalistický společenský řád, který je přímou negací této zásady, odnímaje jedněm část výtěžku jejich práce a obohacuje jí nezaslouženě druhé.

Jestliže moderní italská právní filosofie nepokusila se o důsledné zbudování theorie na principech marxismu, učinila tu a tam vážnější náběhy k filosofickoprávním konstrukcím na podkladě h i s t o r i c k é m. Zde třeba uvésti zejména D'Aguannovu již zmíněnou práci La genesi e l'evoluzione del diritto civile, hledající vývojové nítě od embryonálních forem práva až k dokonalým jeho útvarům; na historickém bádání založena je značnou měrou i theorie Vaccarova, Vadalà Papalova, Vanniho a celé řady dalších positivistů. Ale uvedení právní filosofové používají i výtěžků věd anthropologických a sociálních, nespoléhajíce jedině na historii. Daleko větší měrou než oni zdůrazňuje však význam historického studia pro právní filosofii Fragapane ve svém spise Il problema delle origini del diritto (Roma 1896), kde stanoví přímo zákony a stadia právního vývoje, zejména však T e r e z a L a b r i o l a ve spisu Revisione critica delle più recenti teorie su le origini del diritto (Roma 1901) a v pozdější studii Dello sviluppo storico del diritto I—II (Roma 1907). Základ jejího filosofického názoru tvoří myšlénka postupného dění, ubírajícího se od jedné formy k druhé: podstatou tohoto historického vývoje, který je jednotným a nepřerušeným, jest k a u s á l n í princip překonání jednoho vývojového člena druhým; proto dlužno odmítnouti f i n a l i s t i c k é pojímání historického vývoje jakožto myšlénku, která odporuje principu dějinné kausality. — Ačkoliv Labriola považuje řešení historického problému práva za základní požadavek právní filosofie, přece jen dává jí s druhé strany legitimaci k řešení otázek praktických, zejména ku kritice positivního práva a k stanovení požadavků nutných pro zbudování nového právního řádu. Právní filosofie, jinými

slovy, jest pro ni i doktrinou revoluční.[32]) Při svém historismu, který v první době nepohrdal ani marxismem, Labriola však nesetrvala: v poslední době prozrazuje její myšlení sklony idealistické, zabarvené tam, kde jde o otázky rázu prakticko-politického, silně nacionalisticky. —

Nyní zbývá nám pojednati ještě o posledním, dnes v italské škole positivistické dosti rozšířeném směru, který zpravidla bývá označován jako naturalistický. Základ k němu dal Bovio svým monistickým nazíráním na svět, o němž má za to, že je ve své totalitě ovládán jednou a touž nutností, jedněmi a týmiž zákony; dle Bovia není tedy rozdílu mezi přírodou a myšlénkou, nýbrž myšlénka jest přírodou, o níž reflektuji, a příroda myšlénkou, která se vyvíjí. Z tohoto myšlénkového prostředí vyšla i theorie G. Vadalà-Papalova.[33]) Právo — praví tento filosof — není zjevem specificky lidským, ale silou která udržuje při životě celou přírodu, veškeré kosmické potence, celý život universa. Zákon kosmické spravedlnosti znamená, že každému tvoru jest přírodou udělováno tolik podmínek, kolik je zapotřebí k plnění jeho funkcí a k dosažení jeho účele. Ježto ale lidské právo jest jen obměnou kosmického zákona spravedlnosti, není ani právní filosofie ničím jiným, leč právním přírodopisem, a její methoda nemůže býti jiná, leč naturalistická. — Celkem k týmž důsledkům dospívá i Luigi Picece ve svém spise La concezione monistica della norma giuridica (Melfi 1915), v němž chápe právo jako přizpůsobení kosmického zákona řádu a harmonie společenským poměrům; uchyluje se však od Vadalà-Papale tím, že zdůrazňuje nutnost racionalistické methody, pokud jde o poznání kosmických zákonů a applikací jich na život právní. — Poněkud jiného zabarvení než právě uvedené theorie jest theorie Ferdinanda Puglie. Puglia spojuje totiž naturalistickou koncepci práva s principem energetickým; učí, že

[32]) Srv. další její spisy: Dell' idea di giustizia, Roma 1906, Ragione, funzione e sviluppo della filos. del diritto, Roma 1906. Jiná skupina spisů Labrioly věnována je ženské otázce.

[33]) Zejména vykládá ji ve své Una concezione integrale del diritto v Studi in onore di Biagio Brugi, Palermo 1910. Dále srv. Inconscio e conscio nel processo evolutivo della vita sociale e del diritto, Bologna 1895, Il processo dinamico della legge e delle codificazioni nell' organamento sociale, Roma 1893 a posléze Necessità del metodo positivo nella filos. del diritto, Catania 1882.

trvalá energie, uložená v materii a určující nesmírnou různost věcí a fenomenů, projevuje se ve vyšších formacích jako vědomí. Tato vědomá energie jest zdrojem sociálních fenomenů, tudíž i práva: proto právní filosof, chce-li určiti podstatu právních fenomenů, musí si řešiti problém psychogenese práva t. j. problém vzniku a povahy těch stavů vědomí, na nichž právo se zakládá. Vychází tedy Puglia v právní filosofii z naturalistického předpokladu jednoty světa, dostává se však přes něj k týmž požadavkům, jaké pro řešení filosofického problému práva klade směr sociálně-psychologický. Právní filosofie je mu tedy v podstatě sociální psychologií právního života.[34]) — —

Zmínkou o naturalistických theoriích vyčerpán jest náš úkol, podati přehledný nástin běžných směrů moderní italské právní filosofie. Ale každý referát klade na referujícího ještě další požadavek: hodnotiti to, co bylo předmětem popisné části jeho podání. Měl bych tedy svou úvahu zakončiti kritickým rozborem skupin, v než jsem veškeré výše uvedené právněfilosofické theorie utřídil. Leč to je úkol tak obšírný, že by jím rozsah této úvahy vzrostl nad přípustnou míru revuálního pojednání. Vyhražuji si jej tudíž pro jiný případ. Přes to nemohu se vyhnouti několika stručným závěrečným poznámkám.

Řekl jsem na počátku, že základním rysem moderních směrů italské právní filosofie jest jejich programatický a kritický ráz. V zásadě lze arci schvalovati, chce-li někdo dáti vědě, která tápá v nejistotě, pevný program a dobrati se k němu kritickým rozborem potřebných principů; ale nesmí se tímto směrem jíti příliš daleko, ježto program a kritika jsou jen předpokladem konkrétní vědy, ne vědou samou. Toho moderní italské právněfilosofické theorie si však dobře neuvědomily, a vyčerpávajíce se převahou v problémech předpokladových, nedostaly se v náležitém rozsahu k positivnímu, synthetickému filosofování o právu. Tam pak, kde se pokus o to stal, stal se zpravidla způsobem, který filosofa neuspokojí, ježto uvedené theorie, až na výjimky, na něž ihned poukáži, nedovedly obsáhnouti celou právní skutečnost po všech jejích stránkách, ve všech jejích projevech.

[34]) Srv. Pugliovy Linee generali di un sistema di filos. del diritto, Messina 1907 a La funzione del diritto nella dinamica sociale, Messina 1903.

Jeden směr, *kriticistický*, přistupuje k řešení právněfilsofických problémů jen se stránky formální, ježto ji považuje za absolutní a konstantní; forma práva, která v skutečnosti není ničím jiným než hypostasovanou logickou kategorií, tvoří střed, kolem něhož se točí úvahy kriticisticky, zatím co konkrétní právní skutečnost ve své obsahové bohatosti uniká mu takřka pod rukama. Pro kriticismus existuje jen abstractum práva, nikoliv právní život. — Jestliže kriticismus pro své, řekl bych příliš aristokratické stanovisko nedovede se s právem vypořádati v celém jeho rozsahu, po všech jeho stránkách, upadá jiný směr, o němž jsem referoval, totiž *positivismus*, v podobný extrém, ale zjiného důvodu; z toho totiž, že se zase utápí v empyrické právní skutečnosti. Jest sice pozoruhodným rysem italských positivistických theorií vskutku filosofická snaha proniknouti za pouhý fenomen k absolutní stránce právního života; ale tento cíl zůstává ideálem, jehož uskutečnění stojí v cestě sama methoda, s níž positivismus pracuje. Jinými slovy: positivismus jest přece jen příliš vědeckým a málo filosofickým, nedoveda se ve svém průměru povznésti nad právní fenomenologii; a tak mu nadobro uniká absolutní, hyperfenomenický živel v právu.

Jednostrannostem, v něž zabředl jak kriticismus, tak positivismus, snažily se vyhnouti některé theorie tím, že se pokusily o jednotnou synthesu právní skutečnosti, v níž by zmizel rozdíl mezi právní ideou a právním fenomenem. Touto cestou dal se zejména *spiritualismus*, který přijal za jediné kriterium pravdy, za jediný zdroj skutečnosti individuálního ducha: duch, toť tvůrce světa, tedy i práva ve všech jeho formách, ve všech jeho projevech Ale ani spiritualismus, ač znamená krok ku předu, neuspokojí: neboť ocitá se snadno na ploše, svažující se k solipsismu, který pro právo, jež předkpokládá mnohost subjektů, jest nejen neplodným, ale přímo je neguje. Proto zralejšími jsou pokusy o právněfilosofické konstrukce na podkladě *objektivního idealismu*, právě proto, že *právu dává objektivní, individuální vůli se vymykající základ*, že *smiřuje právní ideu s právní zkušeností a umožňuje úplnou a jednotnou koncepci práva*. Objektivněidealistické theorie, o nichž jsem pojednal, ovšem neuspokojily těchto požadavků v plné míře, jednak proto, že se nevyhnuly kompromissu s cizími živly, jednak z toho

důvodu, že ze základního svého hlediska nedovedly učiniti všecky důsledky pro právní skutečnost v celé její bohatosti. Přes to ale aspoň ukázaly cestu k uspokojivému řešení právněfilosofických problémů. Kladu je tudíž před ostatní theorie italské moderny, a to nejen s hlediska čistě filosofického hodnocení, ale i pro jich praktickou upotřebitelnost, která však stane se patrnou teprvé tehdy, až směr ten opustí dráhu nejabstraktnějších a mnohdy fantastických konstrukcí, jíž se dosavad bral, a obrátí svůj zřetel k řešení konkrétních právních problémů. Nastoupiti tuto cestu, to jest pro objektivní idealismus nejbližším úkolem, od jehož splnění bude záviseti nejen důkaz o jeho životaschopnosti, ale i celý příští jeho osud.

---

*Karel Kadlec:*

## Viktorín Kornel ze Všehrd.

Přednáška konaná na paměť čtyrstého výročí smrti Všehrdovy dne 3. prosince 1920 ve veliké síni university Karlovy.

Na jaře letošního roku bylo tomu čtyři sta let, co vypukl v Praze mor. Polekané obyvatelstvo prchalo z města na venek a šířilo nákazu po Čechách. Mezi těmi, kdo v Praze setrvali, byl slavný právník český Viktorín Kornel ze Všehrd. Odvahu svou zaplatil však smrtí dne 21. září řečeného roku.

Dnes po čtyřech stech letech vzpomínáme tragického skonu Všehrdova se zvláštní pietou. Padloť čtyřsté výročí smrti Všehrdovy do veliké doby dějin národa, do znovuzřízení českého státu. Letos máme první příležitost uctíti po zásluze ve vlastní své domácnosti památku muže, který je nám symbolem nejen českého právnictví, nýbrž i našeho češství.

Viktorín Kornel náleží k nejrázovitějším postavám českého národa. V něm přihlásil se — už po několikáté v českých dějinách — ke slovu prostý český člověk ve vznešené šlechtické společnosti. A přihlásil se způsobem tak důstojným, že se činností svou vyšinul mezi přední muže národa. Narodil se asi r. 1460 v Chrudimi z rodičů měšťanských, hlásících se k podobojím. Utrakvismu přidržel se věrně i mladý Viktorin. Bylo to vyznání, k němuž se znal sice i král Jiří, ale zároveň vyznání pokládané tehdejšími papeži Piem II. a Pavlem II. za kacířství. Značná část národa českého byla tenkrát již po půl století roz-

dvojena s papežskou stolicí. K rozbrojům náboženským přidružily se od válek husitských zápasy sociální. Běželo o ujařmení nejen selského lidu, nýbrž i stavu městského, který tehdy byl dosti silný, a proto panstvu nebezpečný. Nebyly tenkráte ještě ani vyrovnány účty mezi stavem panským a rytířským. Oba šlechtičtí stavové museli se dříve dohodnouti, aby se pak společně podporovali ve svých snahách jednak o zeslabení moci královské, jednak o odstrčení stavu městského. Ke konečnému narovnání mezi oběma vyšími stavy došlo r. 1487 výrokem krále Vladislava, že na soudě zemském má zasedati vedle tří nejvyšších úředníků zemských 12 pánů a 8 rytířů. R. 1497 pak rozděleny nejvyšší zemské úřady mezi vyšší stavy.

Král Vladislav vzdal se zároveň odúmrtného práva po osobách stavu panského a rytířského a učinil téhož roku 1497 důležité výpovědi ve sporu mezi vyššími stavy a stavem městským o vydání zběhlých lidí selských. R. 1497 byl dovršen proces znevolnění selského lidu v českých zemích, proces, který trval celého půl druhého století. Sedlák byl definitivně připoután k hroudě a stal se inventářem vrchnostenské půdy.

Znevolnění sedláků znamenalo zároveň poškození stavu městského, rekrutovavšího se z venkova. Vyšší stavové se tím však nespokojili, nýbrž pustili se do nových prudkých bojů s městy. Běželo o spory rázu hospodářského, právního a politického. Starými výsadami nabyla města ve svém okruhu výhradného práva k provozování jistých živností, zejména práva vařiti a čepovati pivo. Do práv těch počali zasahovati vyšší stavové, osobujíce si zejména právo vařiti pivo a zakazujíce sedlákům, aby odebírali pivo městské. Měšťané poháněni neprávem před soud zemský, naproti tomu však bráněno jim kupovati zemské statky a vkládati je do zemských desk. Města měla dokonce zbavena býti hlasovacího práva na sněmích ve všech zemských věcech.

Do těchto rozháraných politických, sociálních a náboženských poměrů padá život Viktorina Kornela. Jen jako hoch zachytil Viktorin Kornel ještě slavnou dobu českých dějin, panování krále Jiřího. Jinak trpěl po celý svůj život pod tíhou neblahých poměrů za vlády krále Vladislava. Nabyv v rodišti svém důkladného vzdělání základního, vstoupil asi r. 1477 na pražskou universitu, a sice na fakultu artistickou čili, jak bychom

dnes řekli, filosofickou. Vysoké učení pražské nalézalo se tehdy následkem delších nepokojů v zemi a zejména následkem rozchvácení svého majetku za krále Zikmunda ve velikém úpadku. Zanikly fakulty theologická, právnická, a lékařská, a na zbývající fakultě artistské bylo jen několik málo profesorů. Ale ani těm nevedlo se dobře, takže byli nuceni opouštěti své povolání a hledati zaopatření mimo universitu.

R. 1479 dosáhl Viktorín bakalářství, v říjnu r. 1481 licenciátu, načež dne 30. ledna 1483 byl povýšen za magistra svobodných umění a počal hned čísti na universitě. V říjnu r. 1484 zvolila ho artistická fakulta za svého děkana. Po r. 1485 neděje se sice v universitních aktech o Viktorínovi zmínka, ale zdá se, že až do r. 1487 na universitě setrval. Vímeť, že r. 1488 byl již starostou komorničím a ingrosátorem zemských desk. Téhož roku uvádí se Viktorín Kornel v zápise o koupi domu na Starém městě Pražském naproti sv. Haštalu jakožto Victorinus Wssehrdensis. Je z toho patrno, že již tenkráte užíval erbu a titulu ze Všehrd. Erb i titul tento byl mu, jak se zdá, udělen králem Vladislavem, v souvislosti s nastoupením funkce starosty komornicího a ingrosátora u zemských desk. Službou svou nestal se Všehrd ještě zemským »úředníkem« v technickém slova smyslu, nýbrž jen předním zřízencem mezi pomocným personálem zemského soudu a zemských desk.[1]) Ale služba tato byla mu dobrou průpravou k poznání starobylého práva zemského, hmotného i formálního. Neboť v první své funkci jako starosta komorničí vysílal k žádosti stran komorníky na půhony, na ohledání škod, na exekuce a vůbec k úředním mimosoudním úkonům a poučoval nejen řečené soudní zřízence, jak mají půhony vykonati, nýbrž i »původy« (žalobce), jak se mají při půhonech zachovati, aby nepřišli ke škodě. Zapisoval také do příručních svých knih čili register »útoky« stran, t. j. žádosti, aby někdo byl pohnán. Jako ingrosátor měl pak za úkol konati pod dozorem nejvyššího písaře nebo místopísaře zápisy do zemských desk, čímž rovněž nabýval příležitosti k poznání zemského práva.

Úřední služba odvrátila sice Všehrda od theoretických studií universitních, ale nepřetrhla jeho styků s pěstiteli písemnictví.

---

[1]) Srov. O práv'ch země české knihy devatery (vyd. Herm. Jirecka, v Praze 1874), IV. 2. 8 a 9.

Právě tehdy počal se u nás šířiti humanism. Prvým jeho pěstitelem byl Řehoř Pražský. Mimo universitu působil nejproslulejší humanista český doby Vladislavovy Bohuslav Hasištejnský z Lobkovic, vrstevník Všehrdův (nar. se r. 1460 nebo 1461). Vystudovav na vysokých školách italských, v Bononii a Ferraře — kde se stal r. 1482 doktorem církevního práva, byl po svém návratu do Čech jmenován r. 1483 od krále Vladislava proboštem vyšehradským a po nové cestě do Němec vstoupil r. 1486 do služeb královského dvora. Mezi Hasištejnským z Lobkovic a Viktorinem Kornelem vzniklo tehdy několikaleté přátelství. Oba mužové poznali své duševní přednosti a přilnuli k sobě upřímnou láskou, která se projevovala při četných příležitostech. Obdiv jednoho pro druhého neznal mezí. Bohužel přátelský poměr jejich byl náhle koncem r. 1493 nadobro přetržen, když Bohuslav Hasištejnský věnoval papeži latinskou básničku, v níž prosí boha, aby kališnické Čechy přivedl do lůna církve. Všehrd odpověděl na to delší parodií, ve které tepal papeže, nazývaje ho »stupor mundi«. Hasištejnský, horlivý katolík a dokonce pretendent na biskupský stolec, popudil se Všehrdovou odpovědí tak prudce, že zapomněl na dosavadní přátelství a nedal se ani opětnými smírnými pokusy bývalého svého kališnického přítele pohnouti k tomu, aby mu odpustil. Oba humanisté nadobro se rozešli.

Všehrd jmenován byl zatím na jaře téhož r. 1493 místopísařem čili větším písařem při zemských deskách. Celý rok trvalo, než úřad tento byl obsazen. Bylť předchůdce Všehrdův Ondřej čili Ondráček z Těšnova již na jaře r. 1492 pro urážku úřadu sesazen. Nyní teprve se stal vlivným zemským úředníkem, a sice jedním z t. zv. úředníků »menších«. Jako zemský místopísař spravoval zemské desky, větší i menší, a měl pod sebou nižší deskové řízence, zejména jmenovaného již ingrosátora a dva registrátory, kteří měli za úkol hledati v registrech, co komu bylo potřebí. V novém svém postavení vnikl Všehrd ještě více do znalosti zemského práva. Jako zemský místopísař hrál vynikající roli nejen při úřadě zemských desk, nýbrž při samém menším soudě zemském, ba připadly mu i funkce nejvyššího písaře zemského, poněvadž úřad jeho po odstoupení Jana z Roupova (dne 4. června 1493) nebyl po několik let obsazen.

Všehrd nespokojil se jen prostým plněním svých úředních

povinnosti, nýbrž se zvláštní zálibou pročítal folianty zemských desk a činil si z nich soukromé výpisy. Pojalť záhy úmysl napsati knihu, v níž by bylo zpracováno celé soukromé právo zemské i řízení před zemskými soudy a zemskými deskami. R. 1495 přikročil k provedení své myšlenky. Během r. 1495 dokončil tři prvé knihy svého díla, v druhé pol. r. 1496 napsal knihu čtvrtou, v zimě r. 1496 a na jaře r. 1497 knihu pátou.

Díla svého v dosavadním úřadě Všehrd už nedokončil. Dne 13. března 1497 byl náhle královským dekretem propuštěn z úřadu místopísařského. Podrobnosti propuštění nejsou nám bohužel známy. Víme jen, že koncem února r. 1497 přijel král Vladislav po delší nepřítomnosti z Uher do Prahy a vyhověl tu četným žádostem panstva českého, usilujícího tehdy o povznesení své moci. Mimo jiné sesadil z úřadu místopísařského Všehrda; bylo to jedno z nejprvnějších opatření královských. Čekalo se patrně na králův příjezd, aby trest byl vynesen. Za vinu dávalo se propuštěnému, že o své újmě změnil starobylou formuli prohlášení před zemskými deskami: »Přiznal se před úředníky pražskými« a nahradil ji formulí novou: »Přiznal se před úředníky desk zemských«. Ve skutečnosti bylo však příčinou Všehrdova sesazení asi něco jiného. Zdá se, že Všehrd uvalil na sebe hněv svých představených, nejvyšších úředníků zemských, nejvyššího komorníka zemského pana Jindřicha z Hradce a nejvyššího sudí pana Půty z Riesenberka. Oba přední velmoži čeští neměli asi rádi Všehrda již pro jeho příslušnost k stavu městskému, s nímž právě tehdy panstvo české mělo četné spory. Ještě méně líbila se jim učenost místopísařova. Všehrd sám stěžuje si v latinském dopise, zaslaném Bohuslavu Hasištejnskému na vrtkavost »našich purpurooděnců, kterým sotva rovní, natož pak nižší mohou vyhověti«. Opovrhují prý lidmi filosoficky vzdělanými, říkajíce, že »mluví z knih« a že »po latinsku mudrují«. Učenost a vzdělání pokládají za vadu, takže v životě praktickém více prý vynáší ničemu se neučiti a více se doporučuje ve školách se nevzdělávati. Vidíme tu, že panstvo české bylo tehdy stejné jako všechna aristokracie na světě. Nebyli mu po chuti jen »doktoři« aneb, jak se také říkalo, »juristé« čili »legisté«, učení právníci vyšlí z cizích universit a znalí práva římského a církevního, nýbrž lidé učení vůbec. »Doktorem« nebyl ani sám Všehrd. V právu římském se vzdělati neměl vůbec na pražské universitě

příležitosti. Jak již řečeno, nemělo tehdy pražské vysoké učení právnické fakulty. Ovšem jako bývalý odchovanec fakulty artistické a dokonce její profesor nabyl Všehrd vysokého vzdělání, a proto panstvo české kladlo ho do stejného tábora se všemi doktory. Bezpochyby se ho chtěli nejvyšší úředníci čeští zbaviti ještě z jiných důvodů. Od r. 1487 neusnula již v Čechách myšlenka, aby se zemi dostalo sbírky zemského práva čili t. zv. zřízení zemského. Má se za to, že již na sněmě, konaném v červnu r. 1487, zvolena byla komise »z knížat, z pánů, z rytířstva a z měst«, která měla připraviti návrh zemského zákoníka. Úkol nebyl však snadný. Členové komise měli sebrati v jeden celek staré zákony a soudní nálezy, k čemuž bylo třeba delšího času. Usneseno tudíž na sněmě o sv. Václavě r. 1487, že se věc odkládá na celý rok, tak aby se komise sjela znova před sv. Václavem r. 1488. Do té doby měl sbírán býti materiál. Nejvyššímu kancléři nařízeno, aby měl pohotově stará registra královská, aby všechny staré zemské desky byly z Karlštejna přivezeny do Prahy, a aby také všichni stavové — nevyjímajíc ani měst — přinesli všechno, co mělo nějaký vztah k zamýšlenému dílu, jako byly listy, knihy i staré soukromé práce o zemském právu. Ale ani potom provedení myšlenky nepokročilo, takže teprve na konci devadesátých let 15. století znova započaly kodifikační práce, jež tentokrát vedly k výsledku.

Zdá se, že myšlenka, aby sepsána byla sbírka zemského práva českého, pohnula r. 1495 Všehrda k tomu, aby se pustil do svého díla, nazvaného potomně »O právích země české knihy devatery«. Dokud se nerozneslo, že o díle svém pracuje, nenapadlo snad nejvyšší zemské úředníky, aby proti autorovi chystané práce zakročili. Věc nedala se utajiti, i kdyby se Všehrd snad o ní byl nikomu nezmiňoval. Je však možno, ba více než pravděpodobno, že nejbližší okolí Všehrdovo bylo do věci zasvěceno, a tu nemohlo panstvo české a v jeho čele nejvyšší zemští úředníci očekávati, že Všehrd bude psáti své dílo v duchu, v jakém si oni přáli. Nejen změnou prohlašovací formule, o níž byla řeč, nýbrž celým svým vystupováním, jak jsou toho v Knihách devaterých jasné stopy, ukazoval Všehrd, že je povaha samostatná, která nebude sloužiti jednostranným snahám a choutkám panstva. Bylo třeba, aby se ho čeští páni zbavili, a sice právě v tom okamžiku, kdy s největší vehemencí přikročili

k uskutečňování svých politických cílů, a kdy také znova se vynořila otázka sepsání zemského zřízení, v němž česká šlechta — vyšší i nižší — vzájemně mezi sebou dohodnutá uzákoniti chtěla své privilegované postavení na újmu krále i městského stavu. Je velmi pravděpodobno, že sesazením s úřadu místopísařského mělo Všehrdovi býti zabráněno, aby dokončil započaté své dílo o zemském právu, ba že měl býti zastrašen, kdyby přece jen chtěl v něm pokračovati. Jisto jest ,že k ukončení »Knih devaterých« potřeboval četných výpisů ze zemských desk, na něž se v díle svém stále odvolává. Snad se panstvo české domnívalo, že odstraněním z úřadu bude Všehrdovi znemožněno potřebné výpisy z desk si opatřiti. Zatím však, jak z práce r. 1499 ukončené soudíme, připravil si patrně autor její dávno před ukončením veškeren materiál, zejména výpisy z desk, takže i po sesazení s úřadu mohl v práci své pokračovati. Jinak bylo by mu bývalo skutečně zabráněno dílo dokončiti. Byloť na sněmě, konaném o suchých dnech letničních r. 1497 (ve dnech 17.—20. května, mezi jiným usneseno, aby úředníci menší žádnému výpisů z desk nevydávali bez povolení krále neb soudu zemského neb větších úředníků.

Sesazením s úřadu stalo se Všehrdovi veliké příkoří, ale bývalý zemský místopísař nebyl tím zlomen. Klidně pokračoval ve svém díle o zemském právu. Ještě v r. 1497 napsal knihu šestou, sedmou a osmou svého díla; kniha devátá psána byla r. 1498. Z dopisu pana Zdeňka z Postupic ze dne 25. ledna 1502, zaslaného Všehrdovi, vysvítá, že dílo zakončeno bylo až r. 1499. Snad autor toho roku ještě sem tam práci svou doplňoval a revidoval. Původně mělo se celé dílo skládati jen z knih osmi; teprve po dopsání knihy osmé autor umínil si přidati ještě knihu devátou »O zmatcích«. Podle devíti knih nazváno bylo Všehrdovo dílo »O právích země české knihy devatery«.

Dokončiv svou práci, Všehrd připsal ji svým příznivcům pánům Kostkům z Postupic, rovněž horlivým utrakvistům. Odevzdávaje jim své dílo, Všehrd prosí je, aby si práci jeho přečtli, ale nedávali ji na veřejnost. Neboť úmyslem jeho prý jest, aby dílo jeho »ne prve než po devíti letech, jakož Horacius radí, mezi lidi vůbec vyšlo«;[2]) ujišťuje zároveň, že spisu jeho kromě pánů z Postupic nikdo v rukou nemá.

[2]) Tak stojí v rukopise universitním; podle rukopisu křižovnického mělo dílo Všehrdovo uveřejněno býti teprve po jeho smrti.

Dílo své dal Všehrd pánům Kostkům z Postupic k přečtení někdy na počátku r. 1500 (v posledních dnech ledna nebo v únoru). Po dvou letech dovídáme se z listu pana Kostky z Postupic, že Všehrd vyslovil někde podezření, jako by páni z Postupic dílo jeho dali na veřejnost, čemuž prý tak není. Pan Zdeněk sám prý ví, že Všehrd na čtyřech místech dílo své půjčoval. Vidíme z toho, že autorovi běželo patrně o kritiku »Devaterých knih«. Umínil si dílo své znovu přehlédnouti a pak teprve dáti na veřejnost. K tomu potřeboval však znáti úsudek kompetentních lidí. Pan Zdeněk z Postupic práci jeho celkem chválil, ale vytkl přece ledacos, co se mu nelíbilo. Neschvaloval rozličných narážek aneb, jak sám praví, »hanění pod podobenstvím«. Všehrd řídil se jeho radou a v nové redakci učinil rozličné opravy. Přidal také několik nových kapitol a některé kapitoly rozšířil nebo zkrátil.

Druhou redakci díla svého provedl Všehrd už po sepsání zemského zřízení z r. 1500. Dokončil ji r. 1508 a připsal samému králi. Určil ji už také pro veřejnost, prvou výslovně odvolav.

Zdá se, že Všehrd neminil se spokojiti novým zpracováním svého díla a že chystal nějaký polemický spis proti zemskému zřízení, r. 1500 právě vydanému. Narážka na to, ne zcela jasná, nalezá se v doušce ke zmíněnému již listu pana Zdeňka Kostky z Postupic z 25. ledna 1502. Pan Zdeněk doslechnuv o úmyslu Všehrdově, varuje svého přítele, aby se nedal štváti. »Není to z Tebe,« praví, »ale skrze Tebe jest,« chtěje tím vyjádřiti, že pokládá Všehrda za pouhý nástroj cizích snah, patrně městského stavu. Radí mu, aby upustil od úmyslu vystupovati proti zemi, neboť jinak by se sám hnal do záhuby.

Všehrd uposlechl rady páně Zdeňkovy, zabýval-li se vůbec úmyslem mu podkládaným. Nic aspoň neslyšíme o nějakém jeho spise, namířeném proti zemskému zřízení. Na zřízení to nereaguje ani ve druhé recensi svého díla, jež se ani potom nestalo zbytečným, nýbrž naopak bylo krásným doplňkem prvé české zákonodárné sbírky. Liší se od ní ovšem svým duchem, stojíc na stanovisku naprosté spravedlnosti a nestrannosti ke všem stavům, kdežto zřízení zemské zřejmě nadržovalo vyšším stavům proti stavu městskému.

Všehrdovy »Knihy devatery« jsou prvým obšírným výkladem českého práva processního, tak jak se vyvinulo u zemského

soudu, jakož i výkladem o řízení před úřadem zemských desk a o všem, co s obojím předmětem souvisí. Všehrd nebyl arci prvý, který se takovými věcmi zabýval, ale prvý, který s největší podrobností a velikou jasností o svém předmětu pojednal. Přímo podivuhodný jest způsob jeho podání. Jak neohebný, těžce srozumitelný je naproti němu jazyk pana Ondřeje z Dubé ve Výkladě na české právo zemské! A přece nejsou oba spisovatelé od sebe více vzdáleni než jedno století. S knihou starého pána z Rožmberka nedá se dílo Všehrdovo co do jasnosti dikce vůbec ani srovnávati. Tak pokročila vybroušenost českého jazyka za dvě století, nehledíc ani k tomu, že v »Knihách devaterých« velmi mnoho z té jasnosti připadá na vrub samého autora, dokonalého znalce jazyka a výborného stilisty. Humanistické vzdělání přineslo u něho své bohaté ovoce, a nemáme nejmenší příčiny litovati, že se autor »Knih devaterých« rozešel s latinským humanistou Hasištejnským z Lobkovic, národu úplně odcizeným.

Dílo Všehrdovo náleží do téže kategorie spisů, jako byly v Německu t. zv. právní knihy 13. a 14. stol., Zrcadlo saské, Zrcadlo německých lidí, Zrcadlo švábské a jiná díla, o ně se opírající nebo podle nich zejména ve 14. stol. spisovaná. Literatura tohoto druhu nebyla ovšem nějakou zvláštností německou, nýbrž objevovala se i u mnohých národů jiných. V Italii vznikla již ve druhé polovici 12. stol. a týkala se nejdříve jen práva římského, církevního a lenního. Zajímavější staly se práce tohoto druhu, když si počaly všímati práv národních. Právo anglické došlo takto pozornosti již ve stol. 13. v knize Bractonově De legibus et consuetudinibus Angliae (1256—1259). O něco mladší je dílo právníka francouzského Filipa Beaumanoira »Coutumes de Beauvoisis« (1279—1283), obsahující obyčejové právo sev. Francie a psané již jazykem národním. Podobné povahy jsou podobné právní knihy francouzské ze 14. a 15. stol., jako Stilus curiae parlamenti, Summa ruralis od Boutilliera, Practica forensis od Masuera a j. Proslulou stala se zvláště právní kniha byzantského právníka 14. stol. Harmenopula Hexabiblos, zv. též Manuale legum a Promptuarium iuris. Užívalo se jí jako úřední sbírky přes půl tisíciletí dílem v říši byzantské, dílem v dnešním Řecku, dílem v Moldavsku a Besarabii. I literatury slovanské znají podobné právní knihy. Došlo k nim tam, kde nebylo oficiálně vydaných zákonů. Velmi čestné místo v dotčené literatuře

zaujímají právní knihy české a mezi nimi na předním místě jsou »Knihy devatery« Všehrdovy.

V literatuře právních knih českých i jinojazyčných vynikají Všehrdovy »Knihy devatery« nejen svým jasným způsobem podání, nýbrž i svým systémem. Autor rozdělil práci svou na dvě části. V prvých třech knihách pojednal o vyšších soudech zemských, o jich složení a působnosti a o soudním řízení, kdežto v knihách ostatních je vylíčeno právo soukromé, řízení před zemskými deskami a řízení exekuční. Vedle vnitřní své hodnoty literární má dílo Všehrdovo pro nás velikou cenu i v tom, že svými odkazy a citáty zachovalo nám mnoho nálezů a jiných právních pramenů, zapsaných do starých zemských desk r. 1541 shořelých. Bez práce Všehrdovy byly by pro nás dotčené právní prameny nadobro ztraceny.

Ale dílo Všehrdovo má pro nás ještě význam jiný. Všehrd nepřestává jen na pouhém výkladu českého práva, nýbrž leckdes i kritisuje a tím dává nám možnost vniknouti hlouběji do předmětu. Na rozhodný prospěch bylo mu dále, že nazírání na domácí právo nebylo u něho zkaleno nazíráním římskoprávním, jako tomu bylo u některých vykladatelů národního práva u jiných národů. Pochybujeme vůbec, že se Všehrd s římským právem důkladněji seznámil. Nejen že potom v díle jeho není hlubších stop, ale autor »Knih devaterých« neměl ani příležitosti, aby právo římské si osvojil. Mýliti nás nesmí jeho poznámky v t. zv. »zavření« první recense »Knih devaterých«, že hodlá napsati dílo i o právu římském. Samouk v oboru práva, jakým byl Všehrd, nemohl se s úspěchem pouštěti do prací romanistických. Ale zas toho nebudeme litovati, neboť dílem svým o právu českém postavil si Všehrd tak skvělý pomník, že on, který neměl ani theoretických základů právních, čerpaných na vysokém učení, napsal o právu knihu, jež by sloužila ke cti nejlepším znalcům práva.

Jak to bylo možno? K tomu přece nestačila pouhá, byť i několikaletá prakse u zemských desk, a nestačilo ani vzdělání, nabyté na artistické fakultě. Pravým, dokonalým právníkem učinil Všehrda jeho podivuhodný právní cit, s nímž se v díle jeho napořád setkáváme. Kdekoli měl Všehrd příležitost vysloviti o nějaké věci své mínění, učinil to způsobem svědčícím o nejvyvinutějším právním smyslu. Jak šlechetné je na př. jeho nazírání na postavení poddaných sedláků! V zemských úřednících nevidí

pány, nýbrž služebníky vší obce a všech lidí. Za největší škůdce a nepřátele země prohlašuje ty, kdo se odvažují rušiti práva, »jimiž země stojí od starodávna«. Nevěrné poručníky srovnává s lupiči. »Takový každý poručník zloděje zjevného jest horší a oběšení než zloděj silničný hodnější« atd.

Daleko by nás vedlo, kdybychom podobné výroky Všehrdovy měli citovati. Stačí, když ještě jen uvedeme klasické místo z deváté knihy jeho díla. Praví se tam, že země zahyne, »jestliže spravedlnost v súdích v nepravost, pravda v lež, upřímnost v lest, víra v nevěru, a súd a právo spravedlivé v lakomství, v dary, v alafance, v spolky v přech obráceno bude. A bude-li to, což jest od starých Čechóv, tak mužných jako rozumných, tak dobrých jako statečných, k obraně všech vóbec i každého zvláště, chudého jako bohatého, nalezeno, k zkáze všech dobrých a chudých najprvé, potom vdov a sirotkóv obracováno, a bezpravníci v dobro obecné zle se velhúce, přikrytím dobroty a přísah svých všelikú lest, bezprávnosti, křivdy, nepravosti, úklady provoditi budú, a tak lidi dobré, spravedlivé, užitečné lstivě kaziti budú, tehdy tudíž konec všemu učiněn bude, a nebude na tuto zemi Turkóv žádných, žádných cizozemcóv, žádných nepřátel, ani meče, ani ohně potřebí, než všecko bude jménem spravedlnosti a přikrytím od domácích nepřátel, všech pohanóv i cizozemcóv ukrutnějších, nenadále a nezřetedlně zkaženo, vykořeněno, a v nic jich lstmi, úklady a falšemi obráceno.«

Z díla Všehrdova nepromlouvá k nám jen humanista a mužný právník český, nýbrž i ušlechtilý vlastenec. Bezmezně velebí české právo a jeho staré tvůrce. Praví ť: »Bych sto jazykóv měl a tolikéž úst, železný hlas a měděné peří, nemohl bych ani vymluviti ani vypsati, jaké jsú chvály hodni Čechové staří, zemi českú spravující, kteříž jsú tak spravedlivá, tak dostatečná a tak potřebná sobě i dědicóm svým práva vymyslili!« A na jiném místě píše: »Aniž mně o tom často a dlúho přemýšlejícímu jiného co na mysl přichází než to, že jsú bohem a duchem svatým práva země české od starých knížat a Čechóv vyhledána.«

Také jazyk český, přijatý právě za Všehrdova úřadování r. 1495 za úřední jazyk u zemských desk, nalézá ve Všehrdovi nadšeného velebitele. V listě adresovaném knězi Jírovi, faráři u kostela Matky Boží na Lúži, vykládá, proč přeložil do češtiny

spis Jana Zlatoústého »O napravení padlého«. Chce, aby se jazyk náš český šířil, šlechtil a rozmáhal. »Neb není tak úzký, ani tak nehladký, jakož se některým zdá. Hojnost a bohatství jeho z toho móž poznáno býti, že cožkoli řecky, cožkoli latině móž povědíno býti, to též i česky. A není těch knih žádných řeckých ani latinských, aby v český obráceny býti nemohly. Co se pak hladkosti jeho dotýče, nevím, by tak výmluvně, tak ozdobně, tak lahodně všecko jazykem českým povědíno býti nemohlo, jako řeckým nebo latinským . . . Němci, jichž jazyk tak drsnatý, tak dreptavý a tak nerozumný jest, že jeden s druhým mluvě, Němec s Němcem, sobě častokrát nerozumívají, však jej našemu na potupu šíří a trú, tak že i latinská slova veň vtrušují, aby vždy jazyk jich byl dostatečnější a hojnější, a čehož doma nemají, u súsedóv, ač dobře dalekých, vypójčují.« V listu svém poukazuje dále Všehrd na Danta, který, ač výborně jazyk latinský znal, přece raději psal vlastním svým jazykem italským. »Kdyby též i Čechové činili, měli by řeč svú mnohem zpravenější, ozdobnější, hojnější; aniž by potřebí bylo pro učení ven do cizích zemí vlaských nebo německých jezditi a statkem svým cizozemce bohatiti, znamenité na se i na děti své náklady a útraty činíc, když by se tomu všemu doma v své řeči mohli naučiti přirozené.« O sobě samém pak praví: »Ačkoli také bych mohl latině snad, tak jako jiní mně rovní psáti, ale věda, že jsem Čech, chci se latině učiti, ale česky i psáti i mluviti.«

Jako dobrý Čech horlí Všehrd proti usazování se Němců v Čechách a v předmluvě ke druhé recensi svého díla vyslovuje očekávání, že král nedopustí, aby se Němci a jiní cizozemci v zemi osazovali; »neb totéž oni Čechóm v svých zemích činí a žádného Čecha nikdež žádným obyčejem trpěti nechtí a z přirození nebo raději zúmysla Čechóm nepřejí ani příti chtí.«

Nejen pro svoje znamenité právnické dílo, ale i pro svou humánní, ušlechtilou povahu, zanícenou jen pro pravdu a právo, a neméně i pro svoje mužné češství je nám Všehrd tak drahou osobností. S největší pietou skláníme se dnes po čtyrech stoletích před jeho Mány, ctíce v něm stejně velkého člověka jako spisovatele.

---

*Dr. Jos. Volf:*

# K dějinám přednášek o českém státním právu na pražské universitě (1792—1824).

Pražské úřední noviny[1]) přinesly 22. pros. 1792 tuto zprávu z vědeckého světa: »12. t. m. zahájil pan J o s e f V e i t h, doktor filosofie a veškerých práv, své mimořádné přednášky o českém státním právu stručnou a pečlivě propracovanou vstupní řečí, směřující k tomu, aby upozornil zvláště českou mládež na důležitost svých budoucích přednášek. Látka sama jakož i příjemný přednes zaujaly nejen vysoké hosty, mezi nimiž byl i J. Exc. pan direkt. kancléř hrabě z Rottenhanu, ale i četné akademiky, od nichž obojích se mu dostalo všeobecné pochvaly.«

Jest zcela přirozeno, že přednášky o českém státním právu čili zřízení zvláštní stolice pro tento předmět vzbudily v době, kdy se na sněmu jednalo o řadu otázek povahy státoprávní, veliký zájem a nelíčenou radost nečetných vlastenců, neboť až do té doby byly ve smyslu dv. dekretu z 18. pros. 1775 povoleny pouze »praktické přednášky o zemských zákonech«, jež měl na universitě prof. Dr. Frant. Jos. Gross.[2]) Proto není divu, že se soudilo a do dnes někdy soudí, že přednášky ty byly samým císařem Leopoldem II. českým stavům j a k o p o l i t i c k é k o n c e s s e povoleny.[3]) Zapomínalo nebo nevědělo se, že Leopold II. zemřel 1. b ř e z n a 1792 a že si Veith podal prosbu o povolení přednášek teprve 20. č e r v n a t. r. Chci zde proto na základě písem-

---

[1]) Prager Oberpostamtszeitung 1792, č. 102 z 22. pros., str. 816. — Veith byl majitelem villy Ameriky na Nov. městě Pražském, v níž se dle pověsti scházeli pražští zednáři.

[2]) Gross, Einleitung zu den praktischen Vorlesungen, 1777, 8°.

[3]) Srv. Kapras, Literatura českých právních dějin 1918, str. 3. Bez poznámky zaznamenávají novou mimořádnou stolici známý historik a statistik Jos. Riegger v čas. Für Böhmen von Böhmen I, 1793, str. 56; Tomek, Gesch. der Prager Univ., str. 345 a Jireček H., Právnický život v Čechách, str. 464. Toman, Das böhm. Staatsrecht, str. 227 jména Veithova vůbec neuvádí. Na vysvědčení Jungmannově z 17. dubna 1800 podepsal se: »juris ecclesiastici publ. professor supplens et juris publici regni Bohemiae prof. Srv. Zelený, Život J. Jungmanna 1873., str. 20, 388.

ných památek v archivu min. vnitra stručně vyličiti, jak k těmto přednáškám došlo a jaké osudy je v prvních letech stihaly.[4])

Jos. Veith, syn bývalého rektora magnifika a professora soudní prakse na pražské universitě, o niž si zjednal veliké zásluhy, jak syn o něm tvrdil, předložil 20. června 1792 studijnímu konsensu, t. j. zástupcům čtyř fakult a representantům gymnasií a normálních škol prosbu, aby mohl konati na pražské universitě mimořádné bezplatné přednášky o českém státním právu, přiloživ zároveň přesný rozvrh a plán těchto přednášek.

Studijní konsens, v němž zasedali vedle předsedy-právníka Jos. ryt. z Bretfeldu za bohosloveckou fakultu známý osvícenec Kašpar Royko, za právnickou Jos. Ant. Schuster, za lékařskou šl. Bayer, za filosofickou bibliothekář Rafael Ungar, za gymnasia pozdější censor Frant. X. Noe a za normální školy kanovník Václ. Lenhard, doporučil tuto prosbu guberniu, kde byla přidělena v studijním oddělení gub. koncipistovi Benjaminu Schmiedovi. 23. srpna byl návrh stud. konsensu v zásadě schválen a prosbě Veithově bylo vyhověno. Rozhodnutí stalo se v Praze, aniž by byla Vídeň o potvrzení požadována.

Guberniální povolení bylo však vázáno na několik podmínek, jimž se měl Veith předem podrobiti. Zněly pak takto:

1. poněvadž Veith hlavní rozvrh svých přednášek již předložil, má podati dodatečně ještě předběžný úvod k těmto přednáškám k posouzení učitelskému sboru právnické fakulty, jenž jej má po prozkoumání odevzdati studijnímu konsensu, aby jej tento s doprovodem předložil guberniu;

2. má míti v určitý den přednášku před celým učitelským sborem, aby mohl býti posuzován způsob jeho přednesu;

3. v předloženém rozvrhu chybí tyto předměty, jež musí býti do učebného plánu pojaty:

a) de tutela regia et regis majorenitate,

b) o horním narovnání za Maxmiliana II. a

c) de materia pactorum publicorum cum externis.

4. veškeré přednášky musí býti dříve, než budou prosloveny, předloženy v rukopise censurnímu referentu u gubernia k nahlédnutí a k schválení.

---

[4]) Jest to fascikl 1786/95, Publ. 112/42, č. 25297, 35673/4267, 6650/845, 9477, 14354, 32479. Srv. i fasc. 1796/1805, Publ. 98—277.

Veith se bez námitky těmto podmínkám podrobil a předložil v důsledku jich učitelskému sboru právnické fakulty úvod ke svým přednáškám o českém státním právu k dobrozdání. Sbor skládal se tehdy z prof. Jos. Ant. Schustra (instituce, právo přirozené, státní, mezinárodní, trestné), Ferd. Voldřicha (právo církevní), Jos. Grossa (statistika), Václ. Dinzenhofra (něm. říšské dějiny, něm. státní a lenní právo) a Ing. Bučka (politické vědy). Posudek jejich vyzněl v ten smysl, že úvod jest dosti dobrý, kdežto přednáška uznána jednohlasně za dobrou.

Professorský sbor dotknul se ve svém dobrozdání také dvou otázek, o jichž rozřešení žádal, totiž má-li býti Veith zařazen v Schönfeldově Schematismu jen jako professor extraordinarius nebo s titulem: král. veřejný učitel, a dále, má-li míti při veřejných schůzích přednost před staršími členy fakulty, jimiž byli podle stud. řádu z r. 1752 všichni toho času v Praze sídlící promovaní doktorové.

Studijní konsens předložil 20. října dobrozdání sboru guberniu, zaujav při tom stanovisko k daným otázkám. Navrhnul, aby byl Veith ve smyslu gub. dekretu z 17. září t. r. zařazen do šematismu jenom jako mimořádný professor a nikoliv jako král. veřejný učitel, s odůvodněním, že Veith nemá žádného platu a že koná vlastně jen jako soukromý učitel na vlastní pěst, arciť s vědomím a schválením stud. konsensu a zemského gubernia, své přednášky o českém státním právu na právnické fakultě.[5]) Z toho důvodu také nemůže mu býti přiznána přednost před ostatními fakultisty, aniž se smí objevovati při schůzkách professorského sboru.

Gubernium souhlasilo úplně »s dobře odůvodněným návrhem« stud. konsensu, o čemž jej 8. list. 1792 zpravilo. Prof. sboru právnické fakulty mělo to býti konsensem podrobně sděleno.

A tak se stal Veith mimořádným bezplatným professorem beze všech práv či nehonorovaným soukromým docentem českého státního práva na právnické fakultě. Bylo mu 27 let a měl za sebou pouze jednu větší právnickou rozpravu (Abhandlung über Strafgesetze, 1791). V Schönfeldově Schematismu je z počátku

[5]) ... weil er keine Besoldung beziehet und eigentlich als Privatlehrer auf eigene Spekulation mit blosser Bestätigung des Studienkonses u. hohen Landesstelle seine Vorlesungen haltet...

oddělen pomlčkou od ostatního sboru učitelského a titulován jako »mimořádný učitel českého státního práva«. Později sice pomlčka mizí, ale na konci sboru professorského je uváděn až do své smrti (10. srpna 1824). Tak jest tomu i v seznamech přednášek, kde se doporučují posluchačům z 1. roku přednášky Veithovy (Vorlesungen über das böhm. Staatsrecht nach eigenen Aufsätzen).

Veith přednášel po tři léta horlivě svůj předmět. Nabízel se zároveň guberniu, že by mohl substituovati přednášky prof. Schustra (instituce, právo přirozené, státní, mezinárodní a trestní), čili chtěl svůj obor rozšířiti, avšak nedostalo se mu odpovědi. Zatoužil potom aspoň po titulu. 6. března 1795 obrátil se s prosbou na gubernium, aby byl jmenován král. veřejným učitelem a aby mu byla přiznána přednost před ostatními členy fakulty. Svoji prosbu odůvodňoval takto:

1. přednáší již na třetí rok úplně bezplatně české státní právo;

2. dovolává se zemřelého professora soudní prakse Jos. Trottmanna, jenž byl taktéž pouze mimořádným učitelem práv, avšak měl přes to přednost před fakultisty;

3. žádal o substituci prof. Schustra, avšak nedostalo se mu žádné odpovědi;

4. dovolává se svého zemřelého otce, jenž byl skoro po 2 leta rektor magnificus a předseda tehdy stávajícího akademického senátu, a získal si velikých zásluh o universitu, takže je jen spravedlivo, dostane-li se synu jakés odměny.

Gubernium vyžádalo si 8. března dobrozdání studijního konsensu, jenž se ve svém podání z 21. t. m. postavil za Veitha. Vydává mu vysvědčení, že koná své bezplatné přednášky se zvláštní pílí a že má k svému předmětu velikou lásku a náklonnost, takže lze důvodně od něho očekávati, že postaví české státní právo, jež nebylo dosud v žádný řádný system upraveno, svou vytrvalostí a pílí do jasného světla.[6]) Učiní tak zajisté, bude-li ve své horlivosti udělením žádaného titulu veřejného učitele povzbuzen. Může se tak tím spíše státi, poněvadž udělení tohoto titulu není

[6]) ... dass er durch anhaltenden Fleiss das böhm. Staatsrecht, welches bisher in kein ordentliches System gebracht worden ist, ins hellere Licht setzen werde ...

ani státu ani komu jinému na škodu. Mluví-li již tyto úvahy pro vyhovění prosbě Veithově, mohou býti uvedeny v jeho prospěch i nedávné praejudiční případy: bývalí mimořádní profesoři soudní prakse, ustanovení při právnické fakultě, jako zemřelý Jos. Jan Feigel z Feigenfeldu († 1784) a Jos. Trottman měli pouze z toho důvodu, že byli mimořádnými profesory a tudíž i státními úředníky, přednost před ostatními členy fakulty. Ostatně může býti tato malá odměna přednosti před fakultisty prosebníku již také proto udělena, poněvadž by mimořádní učitelé, kteří podávají po léta důkazy svého horlivého působení, neměli vůbec podnětu a popudu pro pokračování ve své horlivosti a vytrvalosti.

V studijním konsensu zasedali tehdy vedle předsedy přírodopisce Jana Zauschnera za bohoslovce Jan B. Schmidt, za právníky Voldřich, za lékaře botanik Jos. B. Mikan, za filosofy Ungar, za gymnasia Noe a za norm. školy Lenhard.

Gubernium souhlasilo opět s návrhem stud. konsensu a sdělilo mu výnosem z 21. května 1795, že se mimořádný učitel Jos. Veith jmenuje mimořádným veřejným učitelem českého státního práva s předností před ostatními členy fakulty, že však se mu tím nedostává žádného práva, aby si mohl činiti nároky na nějaký plat nebo nějakou remuneraci se strany státu. Zůstal tedy i na dále bezplatným učitelem. To potvrdil totiž dvorní dekret z 27. dubna, došlý do Prahy 16. května, a od té doby užívá Veith v Schematismu titulu: c. k. veřejný a mimořádný profesor českého státního práva.

Zdá se, že neměl mnoho posluchačů. Nasvědčuje tomu jeho nová prosba ke guberniu z 17. října t. r. Prosil gubernium, aby bylo jeho kollegium o českém státním právu doporučeno všem posluchačům práv, již požívají nějakého nadání, a sice z těchto důvodů:

1. české státní právo je úzce spojeno s německými říšskými dějinami a s něm. státním právem;[7])

2. přednáší se obšírně o vládnoucím útvaru v Čechách a o právech a výsadách krále, kterěžto předměty byly zvláště v tehdejší době důležity;

[7]) Srv. žádost apel. tribunalu o sdělení dv. dekretu, jenž předpisuje právníkům studium říšských dějin, archiv min. vnitra 1786/1795, Publ. 112/9/21, č. 657.

3. přednáší pouze třikrát v týdnu, a sice po hodině, takže jeho posluchači nejsou v návštěvě předepsaných kollegií nijak omezováni;

4. myslí, že jeho přednášky jsou nejúčelnější a nejpohodlnější pro posluchače z prvého roku, protože se jim přednáší německé říšské dějiny, na něž vykonávalo české státní právo nemalý vliv;

5. přednáší o 9. hod. ranní, tedy v dobu, kdy se jiné přednášky nekonají.

Studijní konsens, v němž zasedali vedle předsedy hvězdáře-zednáře Ant. Strnada za právníky Ehrenfreund, za lékaře Mikan a za filosofy Ungar, doporučil 24. října prosbu Veithovu k příznivému vyřízení, poněvadž jest jeho předmět nepopíratelně velice užitečný a prospěšný.

Referent Schmied postavil se 5. list. taktéž na stanovisko Veithovo. Souhlasí[8]) s ním, že přednášky o českém státním právu souvisí vnitřně s něm. říšskými dějinami a s něm. státním právem, a že jest žádoucno a posluchačům velice prospěšno, aby se obírali studiem státního práva své vlasti, neboť tato věda zvyšuje velice cenu jejich vědomostí. Doporučuje tudíž, aby bylo posluchačům a zejména stipendistům co nejdůrazněji připomenuto, aby navštěvovali přednášky Veithovy buď v 1. nebo 3. roce, kdy jsou povinni, poslouchati říšské dějiny a něm. státní

---

[8]) Č. 32479 z 5./XI. 1795: da die ausserordentlichen Vorlesungen, welche der öffentliche und ausserordentliche Lehrer H. Dr. Veith über das böhm. Staatsrecht gibt, mit der deutschen Reichsgeschichte und dem deutschen Staatsrechte in genauer Verbindung stehen und es auch von wesentlichem Nutzen ist, dass die Hörer der Rechte an der hiesigen Universität sich besonders auf die Erlernung des vaterländischen Staatsrechtes verlegen und ihnen ein ordentlicher Begriff beigebracht werde, dass diese Wissenschaft den Werth ihrer Kenntnisse besonders erhebe: so hat man zu beschliessen befunden, den Hörern der Rechte überhaupt, vorzüglich aber den Stipendisten und Stiftlingen aufs nachdrücksamste empfohlen und selbe aufmuntern zu lassen, damit sie auch die erwähnten ausserordentlichen Vorlesungen und zwar am zweckmässigsten im 1. oder 3. Jahrgange, wo sie die Reichsgeschichte und das deutsche Staatsrecht zu hören verbunden sind, mitzuhören sich um so mehr befleissen, als in dem neuen juristischen Studienplane denjenigen, welche noch die ausserordentlichen Vorlesungen und Fächer gehört haben, bei allen Anstellungen der Vorzug vor ihren Mitwerbern zugeführt werden.

právo. Mají tím horlivěji kolegium o českém státním právu plniti, čím více jim nový studijní plán skytá naději, že dostanou místo v státní službě, mohou-li se vykázati dokladem, že poslouchali vedle povinných předmětů i přednášky mimořádné.

Veith se stal r. 1811 i děkanem. Literárně příliš činným nebyl. Známe od něho pouze jednu malou rozpravu, a ta ještě není zcela jeho dílem, jak sám doznává. Vydal ji jako »veřejný professor vlasteneckého státního práva« pod názvem: Statistische Uebersicht der böhmischen Staatsverfassung und Landeskultur von den ältesten Zeiten bis auf Ferdinand II. (Prag, bei Franz Gerzabek im Galli-Kloster 1798, 8°, str. 88). Popudem k vydání byl mu úmysl gub. rady Jos. Ant. Rieggra, vyslovený v předmluvě jeho práce: Skizze einer statistischen Landeskunde Böhmens I—III, 1794/5, že vydá »Skizze von Böhmens Staatskunde« jako 2. část jmenované práce. Poněvadž mu však smrt jeho úmysl překazila, podává Veith sám jakýs přehled, jenž chce býti pouhým náčrtem (str. 4). »To málo, co si mohu z této práce jako své přivlastniti, pozůstává pouze v seskupení a upravení látky; statistická data vzal jsem jednak z rukopisu † Rieggra, jenž jest šťastně[9]) v mém majetku, jednak jsou čerpána z mých vlastních zkušeností.« Proto platí pouze omezeně o ní slova »Historickou část svých výkladů vydal...« Zajímavý je závěr jeho práce o veliké škodě, již přineslo Čechům exulanství, založený hlavně na překladu Stránského od Cornovy a na Pelclovi, jakož i jeho výroky o vládě cís. Josefa II., jež mu znamená úplný převrat v státní ústavě, v literatuře, v mravech, ba i v řeči, při čemž naráží zřejmě na násilnou germanisaci v Čechách.

---

[9]) ... das ich so glücklich bin zu besitzen. Z těchto slov vysvítá jasně poměr žáka k velkému učiteli, poměr obdivovatele; obráceně není však známo, jak se Riegger na Veitha díval. Nápadné je pouze to, že při ohlašování jeho přednášek pro r. 1793 chválí Zardu, jenž přednášel o záchranných prostředcích při zdánlivě mrtvých, jakož i nového češtináře Pelcla, kdežto o Veithovi úsudku nepronáší. Také známý lékař Held (Zápisky I., str. 63) neměl o Veithovi valného mínění, jak vysvítá z jeho epigramu: Was ein Professor sei, Herr Veith? — Es ist ein Ding, doch nein, ein Wesen — Voll staunenswürdiger Fertigkeit — Was andere gedacht, zu lesen.

# LITERATURA.

## Část všeobecná.

J. Kallab: *Úvod ve studium metod právnických.* Dí první: Základní pojmy; díl druhý: Hlavní směry. Vyšlo jako IV. sv Sbírky spisů práv. a národohosp. v Brně 1920—1921.

Dosud neměli jsme právněfilosofické literatury až na ojediněl publikace, jichž význam nebyl vždy prvořadý. Teprve poslední dobou nastává slibný obrat: v roce 1920 vydává své pozoruhodné »Základy právní filosofie« prof. Weyr, a nyní přichází s dvoudílným, rozsáhlým právněfilosofickým spisem prof Kallab. Zajímavo jest, že oba tyto spisy, třeba že vyústily ve velmi různé závěry, přece náleží — v podstatě — témuž filosofickému směru, totiž tomu, který buduje na základech kritické filosofie Kantovy. Proto Weyrova a Kallabova právní filosofi nese stejný ráz: jest *formální* vědou. Weyrovi splývá s právní noetikou, Kallabovi s právní methodologií. Tato methodologie ve smysl Kallabově jest souborem poznatků o tom, jak lze docházeti objektivně správných právních poznatků. Leč Kallab nemá v úmyslu podati svým spisem úplně vypracovanou právní methodologii, nýbrž jen úvod, či lépe jakási prolegomena k ní, která by objasnila toliko některé právněfilosofické otázky, jichž rozřešení jest nezbytné, má-li se methodologie vybaviti z nynějšího svého neuspokojivého stavu a státi se tím, čím b měla býti, totiž jakýmsi organon právní vědy. Hlavní z uvedených otázek, která tane Kallabovi na mysli, a jejíž rozřešení tvoří centrální bo »Úvodu«, jest, zda, pokud a proč můžeme o právu — právě tak, jako o ostatních našich myšlenkových výtvorech, pokud jich obsah tvoří něco, *co býti má* — tvořiti objektivní soudy.

Úkol, který si prof. Kallab vytkl, provádí ve dvou, povahově velmi rozdílných dílech. V prvním, průpravném, snaží se vystihnouti předpoklady právnického myšlení a jeho rozdíl od jiných způsobů myšlen (zejm. přírodovědeckého). V druhém díle podává principy hlavních směrů právnické methodiky, zkoumaje jich správnost na předpokladec k nimž dospěl v díle prvém.

První díl chce býti čiře methodologickým, t. j. zabývá se otázkou method, a to v *její obecnosti*; patrně z dvojího důvodu: jednak proto, že otázka method v právních vědách jest sama o sobě již velmi široká, jednak proto, že povahu method právnického poznávání lze náležitě vystihnouti jen v souvislosti s celým komplexem obecných methodologických problemů. Řečený postup vtiskuje prvnímu dílu převahou ráz *obecné methodologie*, ježto poměrně jen malá jeho čás věnována je přímo methodologickým otázkám *právním*. Vedle problemů čistě methodologických zabývá se Kallab i otázkami noetickými pokud totiž tyto otázky jsou nutným předpokladem methodologických Význam otázek noetických a methodologických nebyl dříve v právu vědě oceňován po zásluze; teprvé poslední dobou vlivem moderních filosofických studií nalezly cestu i do pravovědy. Zásluha o to nálež

zejména směru novokantovskému, representovanému v německé právní filosofii Stammlerem. Otázky methodologické a noetické jsou velmi nesnadné, a nelze se na toto pole pouštěti tomu, kdo se neobíral pečlivým studiem logiky. Mám za to, že Kallabovi v tomto směru výtek činiti nelze; na poli obecné methodologie i noetiky je si úplně jist, a proto mohl se pokusiti o tak rozsáhlý náběh k právní methodologii. Na toho však, kdo chce jeho názory proniknouti, klade kniha velmi těžké požadavky: stěží ji pronikne, kdo nemá filosofické erudice a důkladné znalosti logiky. Předpokládaje, že právníku zpravidla tyto předpoklady chybí, vynasnažím se v následujících řádcích podati, pokud je to možné, jasně a zběžně hlavní názory Kallabovy, a tak zjednati jakýs takýs vhled do jeho práce.

Řekl jsem výše, že Kallab řeše methodologické otázky, jest nucen sáhnouti i do oblasti noetiky. Jest to zcela přirozené; neboť noetika, zabývajíc se rekonstrukcí základních prvků našeho poznání, tvoří předpoklad methodologie, která ukazuje cestu, jak lze dospěti objetivně správných vědeckých poznatků. Chce-li si tedy Kallab rozřešiti tuto záhadu, nemůže pominouti úvah o možnosti, způsobu a rozsahu správného poznání. — Hlavní postřeh, který vybízí k noetickým úvahám, jest ten, že možnost poznání předpokládá dvojici subjektu a objektu: t. j. někoho, kdo poznává, a něčeho, co se poznává. Jaký je poměr těchto dvou faktorů při vědeckém poznávání? Velmi jednoduše — uvažuje Kallab — si tuto otázku řešil positivismus; tento směr považoval poznání za pouhé zrcadlení se objektu v duši jednotlivcově: jen ty poznatky jsou positivistovi spolehlivé, při nichž vyloučil tvořivou činnost subjektu. Leč positivismus sám nemohl zůstati věren tomuto svému předpokladu a vymkl se mu tam, kde tvořil myšlenky, přesahující zkušenost (na př. přírodovědné zákony), dokazuje tak neudržitelnost základní své these, že veškeré poznání = empyrie. Positivismus, chtěje popříti tvůrčí činnost ducha, na konec se k ní přece utekl. Potvrdil skutečnost, že poznání, bez účasti tvořivé činnosti poznávajícího ducha jest nemožné. — Odmítnuv positivistickou theorii poznání ocitá se Kallab před novou otázkou: v jaké míře a jakým způsobem účastní se lidský duch na tvoření poznatků v různých oborech poznání? Jinými slovy: Kallab dochází tu na rozcestí, kde je nutno rozhodnouti se pro určitý filosofický směr. A takovým směrem, který dle jeho názoru nejlépe odpovídá na výše formulovanou otázku, jest kritický idealismus. Tentó filosofický směr vytkl si za úkol rozhodnouti spornou otázku, je-li poznání produktem zkušenosti nebo výsledkem spontanní činnosti ducha. A otázku tu řeší tak, že člověk není pouhým zrcadlem odrážejícím obraz skutečnosti, ale že svět jest výtvorem naší rozumové schopnosti. T. j. člověk uvědomuje si skutečnost v jistých formách, které jsou produktem jeho rozumové činnosti; formy ty lze nazvati konstitutivními kategoriemi. Takovou kategorií jest na př. zákon kausality, od něhož poznání jsoucna nelze abstrahovati. — S druhé strany však nelze říci, že by poznání bylo čirým produktem našeho intellektu; mimo poznávajícího ducha předpokládá i předmět. Poměr těchto obou živlů

v poznání vystihuje Kallab pojmy »racionální« a »empyrický«. Oba tyto elementy uplatňují se pak v různých druzích poznání různou měrou. V některých případech je naše poznání věrnějším otiskem skutečnosti, jindy hraje rozhodující roli spontanní činnost našeho ducha. Tuto okolnost třeba dobře podržeti na paměti, ježto — jak ihned uslyšíme — má význam v úvahách methodologických.

Ale různé zdůraznění živlu empyrického a racionálního v processu poznání lze uvésti v souvislost ještě s jinými skutečnostmi hrajícími významnou roli při uvědomění si různých oborů našeho poznání: pokud totiž klademe důraz na empyrickou stránku poznání, dojdeme uspokojivé odpovědi na otázku »co jest«; a naopak racionální způsob nazírání uvede nás v říši hodnot, v obor toho, »co platí«. A tak dualismus »empyrický« a »racionalistický« stotožní se nám s dvojicí pojmů »existence« a »platnost«. Abychom si objasnili tento rozdíl, vezměme, jak to činí Kallab, dvě věty. Prvou: »železo je lehčí než vzduch«, a druhou: »železo skládá se z atomů«. První věta je výsledkem empyrie a mohu kdykoliv její správnost zjistiti experimentem, tedy odkazem k zkušenosti; ta nám řekne, že tomu vskutku tak je, jak jsem tvrdil, t. j. že železo je těžší vzduchu. Druhá věta opírá se naproti tomu o apriorní axiomata, která nejsou dána zkušeností, ale podmínkami mého poznání. Atomů nikdo neviděl, nejsou zobrazením skutečnosti, ale myšlenkovou konstrukcí, která platí v našem myšlení jako skutečnost; má v mém myšlení, zejména vědeckém, zastupovati empyrické poznatky. A tak se to má s celou řadou dalších konstrukcí přírodních zákonů, geometrických a matematických pojmů, energii atd. — Právě uvedenému rozdílu mezi racionálním a empyrickým způsobem poznání odpovídá dvojí vědecký postup: exaktní a positivní.

Povaha věd, jež postupují exaktní methodou, jest — jak plyne již z předchozí úvahy — čistě racionální; jich obsahem jsou jen myšlenkové formy, v nichž skutečnost chápeme, konstrukce, jež zastupují a zjednodušují skutečnost. Platí pro mne, nikoliv pro skutečnost. Proto jim v skutečnosti nic neodpovídá. Účelem jejich tvoření jest myšlenková hospodárnost usnadňující chápání přírody a její přehlédnutí. Postup, kterého v exaktních vědách používám, jest typickým případem kritického postupu, ježto tu činím řez mezi tím, co náleží zkušenosti, a co mému duchu, a toto poslední — t. j. intellektuální formy — pak zpracovávám ve vědecký systém. Z toho patrno, že v exaktních vědách uplatňuje se jen subjekt, nikoliv i objekt.

Jestliže při postupu exaktním si uvědomujeme jen podmínky poznání skutečnosti, t. j. konvenční formy, v nichž skutečnost chápeme, vypovídáme ve vědách, jež pracují methodou positivní o skutečnosti. Převládal-li tedy ve vědách exaktních živel subjektivní, převládá v positivních vědách živel jak subjektivní tak objektivní. Do jaké míry participuje jeden i druhý živel na našich poznatcích, o tom se poučíme, uvědomíme-li si podstatu dvojího způsobu positivní methody: nomothetického a idiografického.

Postup nomothetický — pokračuje ve svých výkladech Kallab — spočívá v tom, že sice vycházíme od skutečnosti, ale tvoříce o ní poznatky, pomíjíme to, co je na zjevech individuálního a držíme se toho, co jim je společného. Nomothetický postup tedy skutečnost zjednodušuje, vybírá z ní určité součástky a klade je za representanty mnohotvárné zkušenosti. Takovým nomothetickým postupem vznikly empyrické, ze zkušenosti odvozené pojmy a přírodní zákony. — Rozdíl mezi postupem exaktním a nomothetickým je ten, že tento postup předpokládá skutečnost, o níž něco vypovídáme, kdežto onen nechává skutečnost nadobro stranou.

Postup idiografický má společné s monothetickým, že vychází od skutečnosti, ale liší se tím, že nepřihlíží k tomu, co je jednotlivým předmětům společného, ale k tomu, co jest na nich individuálního. Jedním slovem: postup idiografický přihlíží k individualitám. Chci-li však pochopiti individualitu, musím ji uvésti ve vztah k určitým cílům a zájmům, jež sleduji, jinými slovy, musím ji hodnotiti. Tak na př. historie, která používá převahou postupu idiografického, není možna bez hodnocení, které historie nutně provádí.

Jak methoda exaktní tak positivní, zejména nomothetická, poskytuje nám jen poznání kusé; neboť lidský intellekt, jenž v těchto methodách se uplatňuje, není schopen, aby vystihl skutečnost v celém jejím rozsahu. Intellekt, tvoře o skutečnosti poznatky, staví pozorujícího mimo pozorovanou skutečnost, tak že vylučuje její prožití, proniknutí. K tomu zapotřebí jiné schopnosti poznávací — intuice. Intuce je onen způsob sympathie, jímž přenášíme se do nitra objektu, abychom splynuli s tím, co je na něm jedinečného a tedy nevyjadřitelného. Doplňujeme tedy intuicí abstraktní své poznatky. Kdežto vněm je jen obrazem skutečnosti, dává nám intuice skutečnost samu.

Uvedeme-li to, co jsme dosud z Kallabových výkladů reprodukovali, v souvislost s výkladem o poměru účasti objektu a subjektu na processu poznávacím, možno předchozí úvahu zrekapitulovati tak, že kdežto exaktní věda nechává skutečnost stranou a obrací se jedině k formám poznání, uplatňuje se ve vědách positivních jak skutečnost, tak živly racionální, zatím co v intuitivním poznávání dochází uplatněni živel objektivní v tom smyslu, že intuice jest intensivním soustředěním našeho já v určité skutečnosti, vžitím se do objektu.

Když to vše uvážil Kallab, musil se nevyhnutelně ocitnouti před otázkou, která je předpokladem každé vědy, před otázkou o objektivnosti poznání. Výše jsme slyšeli, že není poznání bez spontanní účasti subjektu, třeba že účast ta v různých případech byla různá. Z toho plyne, že věda nezobrazuje skutečnosti, ale jen ji zpracovává a tvoří. Nelze tudíž říci, že objektivním je poznatek, který se shoduje se skutečností t. j. s transcendentním, mimo naše vědomí existujícím bytím. Objektivním je poznatek platící nezávisle od našeho nahodilého já, a naopak subjektivním je ten myšlenkový obsah, jenž je podmíněn naší individualitou a okamžitým rozpoložením naší mysli. Rázu objektivnosti dodává poznatku tedy jeho vztah k ostatním naším po-

znatkům a nikoliv vztah k skutečnosti. Řeknu-li však, že objektivnost poznatků jest určitým poměrem jejich k soustavě hotových, již uznaných poznatků, znamená to, že ho s těmito poznatky srovnávám, že ho se zřetelem k nim hodnotím. Tudíž předpokladem objektivnosti jest hodnocení. Ale hodnocení předpokládá uznání jakýchsi hodnot. Zbývá tedy stanoviti, jaké jsou to hodnoty. A ty — uvažuje Kallab — jsou tři: hodnota pravdy, krásna a dobra.

Hodnota pravdy jest podmínkou našeho poznávání, ježto teprve ona dodává naším soudům smyslu. Proto apriorním předpokladem každého poznání jest vůle k pravdě. Pravda je nadosobní hodnotou, a jako taková má význam ethický a sociální; není činem jednotlivce, ale kollektivity v určité době, a jejím účelem je snaha po uvedení našeho poznávání v myšlenkovou jednotu. Touto jednotou je příroda: je tedy příroda hodnota pravdy představovaná jako skutečnost, čili příroda je ztělesněním, ideálem pravdy. Dlužno však tu klásti důraz na to, že skutečnost a pravda není totéž. Příroda je naším výtvorem, a pravdivé jsou ony poznatky, které s tímto výtvorem souhlasí. Praedikát pravdivosti týká se jen mých poznatků, nikoliv skutečnosti samé.

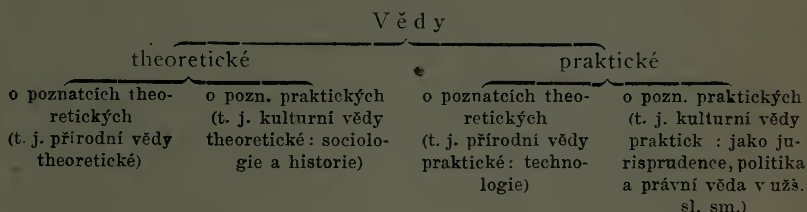
Jako hodnota pravdy jest podmínkou poznání, tak objektivní hodnota krásna jest podmínkou esthetického cítění. Je tedy vůle ke krásnu apriorním požadavkem esthetického vnímání. Rozdíl mezi pravdou a krásnem je ten, že kdežto pravdivým může býti i výtvor, jemuž v skutečnosti nic neodpovídá, krásným je vždy jen konkretní skutečnost, v níž se intuitivně vžívám. Pravda je něčím trvalým, krásno věčně obnovujícím se processem. —

Poznávaje stojím proti předmětu jako objektu cizí, nesúčastněný divák; vnímaje jej esthetický, splývám s objektem. Je však možno představiti si ještě další poměr subjektu k objektu; mohu totiž předmět ovládnouti a činiti jej svým dílem. V tomto případě zasahuji tvořivě do skutečnosti, uvažuje o tom, co býti má, a co býti nemá. Jinými slovy, opět hodnotím. Hodnota, k níž uvádím své činy ve vztah, jest objektivní hodnota dobra. Její povaha, jako povaha hodnoty pravdy, je čistě formální a nadosobní; kdežto však pravda je forma, jíž vypovídáme cosi obecně platného o minulosti, jest dobro forma, jíž s obecnou platností vypovídáme cosi o budoucnosti. Hodnota dobra jakožto nadosobní ztělesňuje v sobě současně požadavek jednotnosti; v této sjednocovací funkci vystupuje jakožto ideál kultury. Čím je tedy pro naše poznávání ideál přírody, tím je pro naše chtění ideál kultury. Proto ani kultura není ničím skutečným, je jen myšlenkovou pomůckou umožňující nám objektivní chápání skutečnosti. Jako v oboru theoretického poznání je pro nás objektivním poznatek, který odpovídá ideálu přírody, tak v oboru rozhodování zárukou objektivnosti jest shoda jednání s požadavkem kultury.

Dosavadními úvahami zjednal si Kallab předpoklady pro rozdělení věd s hlediska methodologického. Jedním z výtěžků směrodatných pro tento úkol jest uvědomění si rozdílu mezi tím, co jest, a tím, co býti má,

a této dvojici odpovídající hodnoty pravdy a dobra, ideálu přírody a ideálu kultury. Tudíž s methoodologického hlediska základní rozdělení věd jest rozdělení ve vědy theoretické a praktické: prvními usoustavňujeme poznatky o tom, co jest, druhými o tom, co býti má. Každou z těchto skupin možno rozděliti zase na vědy exaktní a positivní, a dále positivní vědy theoretické na theoretické vědy nomothetické a idiografické, positivní vědy praktické v normativní a technické. Mezi idiografickými a technickými poznatky leží pak skutečnost sama, jíž lze vystihnouti toliko intuicí.

K této klassifikaci třeba si uvědomiti, jaký smysl přikládá Kallab jednak označení »normativní« a »technický«, jednak označení »theoretický« a »praktický«. Pokud se týče prvého, jsou mu vědy normativní a technické protějškem theoret. věd nomothetických a idiografických. Jako totiž poznávajíce hledíme buď k tomu, co na skutečnosti jest obecného (poznatky nomothetické) nebo individuálního (pozn. idiografické), tak při rozhodování snažíme se zjistiti buď to, co vůbec, in abstracto, má býti — a to je předmětem věd normativních —, buď to, co má býti se zřetelem k určitému, konkrétnímu cíli — a to je předmětem věd technických. — Pokud pak jde o význam poznání theoretického a praktického dlužno uvésti tolik, že Kallab, stavě proti sobě přírodu a kulturu nestaví tím proti sobě dva světy, ale dvojí způsob, pak lze tutéž skutečnost jednotně chápati. Orientujeme-li se v ní za předpokladu chápání toho, co jest, t. j. hledíme-li na ni s hlediska ideálu pravdy, nazýváme ji přírodou; orientujeme-li se v ní za předpokladu chápání toho, co býti má, t. j. hledíme-li na ni se stanoviska ideálu dobra, nazýváme ji kulturou. Jde tu tedy jen o dvojí stanovisko, s něhož mohu chápati tutéž skutečnost. Proto i o přírodě tvoříme kulturní praktické poznatky, právě tak jako o kultuře můžeme tvořiti poznatky přírodovědné, theoretické. Na základě řečeného lze tedy zkonstruovati následující schema tvořící základ klassifikace věd.




Dlužno však upozorniti, že v toto schéma pojaty jsou vědy, při nichž jde o empyrický obsah, tedy vědy positivní, nikoliv však i exaktní, jež stojí mimo toto schéma. —

Dosavadními výklady připravil si Kallab půdu pro klassifikaci věd právních. Dříve však než načrtne povšechnou tabellu právních věd, snaží se vytknouti charakteristické znaky práva a upozorniti na některé omyly, které skreslovaly správný názor na jeho podstatu a zaviňovaly methodické poklesky v pravovědě.

Dvě jsou dle Kallaba podstatné složky pojmu práva: 1. jeho deontologický charakter, t. j. právo předpokládá úvahu o tom, co býti má, a nelze si ho tudíž představiti bez předpokladu hodnoty dobra; 2. moment povinnosti zakládající se ve vztahu subjektu k nadosobní, objektivní normě, která právě je právem.

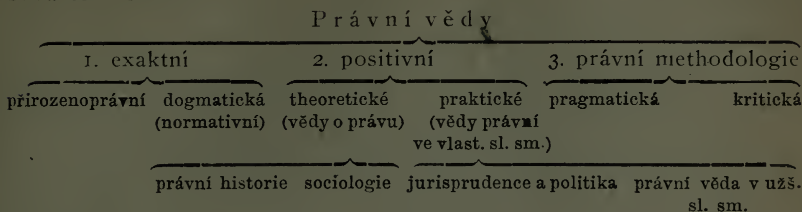
Z deontologické povahy práva plyne, že pod pojem »právo« nelze zahrnouti myšlénkové výtvory, které předpokládají hodnotu pravdy. Neporozumění této skutečnosti zavinilo, že podstata práva byla spatřována v moci nebo v donucení. Empyrický prvek donucení nemá ale co činiti s pojmem práva, jako něčím, co má býti, a vniká do něho jen následkem toho, že se na právo díváme buď historicky, jako na produkt dějin, nebo technicky, jako na nástroj, jímž stát uskutečňuje své účely. Rovněž jest nesprávné spatřovati objektivnost práva v jeho existenci a nikoliv v jeho platnosti. Právo je objektivním ne proto, že existuje v společenském řádu a jest jím vynucováno, ale proto, že je nadosobní, že se uznává za něco, co býti má, bez ohledu na naši individualitu. A nejen na naši individualitu, ale i bez ohledu na stát, ať konkrétní, ať na objektivní jeho ideál. Z toho patrno, že tvoře právní myšlenky (= to, co právem býti má), abstrahuji od konkrétního cíle a počínám si objektivně, snaže se své rozhodnutí vpraviti v jednotný systém toho, co býti má. Netáži se tedy, je-li určité právnické jednání účelné, ale na to, co by se stalo, »kdyby všichni tak jednali«. To je primitivní forma každého právnického uvažování. — Z řečeného plyne, že právo není myšlénkovým výtvorem technickým (t. j. předpokládajícím konkrétní empyrický cíl, na př. stát), ale normativním, který předpokládá nadindividuální objektivní cíl, který by byl současně jednotícím bodem systému našich právních vůlí; a to je ideál kultury. V právu jeví se nám tento ideál jako požadavek spravedlnosti. Jako bez vůle k pravdivosti není vědy, tak bez vůle k spravedlnosti není práva.

Pokud jde o poměr mravnosti a práva kloní se Kallab z názoru, že při mravnosti jde o něco vnitřního, při právu o cosi vnějšího. Čili při právu chápu skutečnost pod jednotícím úhlem kultury, při mravnosti pod zorným úhlem charakteru. Lze tedy tutéž skutečnost posuzovati i právnicky i ethicky.

Otázku právních pramenů lze dle Kallaba řešiti s trojího hlediska. 1. historického, 2. obsahového a 3. methodologického. V prvém případě pěstujeme právní historii nebo sociologii; v druhém se tážeme, zda dle určitého právního řádu dlužno dáti přednost normě zákonné, zvykové či právnické; v třetím posléze poučujeme se o správnosti právnických poznatků jakožto něčeho »co má býti«. Jedině tento způsob řešení otázky právních pramenů jest s hlediska vlastní právní vědy oprávněný, ježto nedívá se na právo jako na zjev (jak to činí způsob sub 1. a 2. uvedený, ale ježto poučuje o správnosti právních poznatků s hlediska toho, co má býti. Proto jediným skutečným pramenem práva jest právo právnické, tedy ten pramen, který vzbuzuje nejvíce pochybností.

Když si tímto způsobem zodpověděl předběžné otázky, týkající se povahy práva, přistupuje Kallab v poslední kapitole I. dílu ke kon-

kretní partii právní methodologie — k rozdělení právních věd. Abychom vnikli do této klassifikace — jež v celku spočívá na utřídění vědních skupin dle principů již výše uvedených — načrtněmež si dříve, než přikročíme k vyznačení povahy jednotlivých právních věd, dle vzoru Kallabova toto schéma:




ad 1. Exaktní právní vědy abstrahujíce od skutečnosti usoustavňují formy, v nichž lze jednotně chápati právní skutečnost. Ježto však nelze mysliti formu bez obsahu, pracuje i exaktní právní věda s jistým obsahem; ten však není vzat ze skutečnosti, ale jest pouhým konvenčním myšlénkovým výtvorem. Proto pravdivost a spravedlnost v těchto vědách znamená jen logickou správnost — výtěžky těchto věd platí jen pro naše myšľení, ale nejsou součástkou naší zkušenosti. Je tedy nesprávné dívati se na myšlénkové výtvory exaktních věd jako na skutečné positivní právo, nebo jako na právo správné, t. j. takové, jež by se positivním státi mělo. — Dle povahy obsahu, s nímž exaktní právní věda pracuje, činíme rozdíl mezi dvěma typy exaktní pravovědy: 1. přirozenoprávním a 2. dogmatickým. První typ, vycházeje z racionální rekonstrukce vztahů mezi individui, béře za jednotku schéma lidského individua, druhý, jda od racionální rekonstrukce vztahů mezi normami jednání, béře za jednotku schéma normy jakožto formu vypovídající, že něco býti má.

ad 2. Positivní vědy právní zabývají se právní skutečností. Theoretické právní vědy činí právo předmětem poznání. Není tu tedy rozhodující otázka, co býti má, ale co jest. Tyto vědy tedy netvoří poznatků právních, ale poznatky o právu. Jsou-li poznatky ty idiografické (t. j. přihlížejí-li k individuálnostem zpracovávané právní materie), mluvíme o právní historii; jsou-li rázu nomothetického (t. j. všímají-li se jen společných znaků na právních faktech), mluvíme o právní sociologii. — Kdežto vodítkem theoretických právních vět jest hodnota pravdy, jest jím u věd praktických hodnota dobra resp. ideál spravedlnosti. Ale spravedlnost znamená tu nejen jednotící princip dentologický, ale i možnost uskutečnění našeho rozhodnutí. T. j. praktické právní vědy netvoří právních norem bez ohledu na pravdu, ale se zřetelem k ní. V rámci praktických věd právních dlužno rozeznávati: 1. jurisprudenci a politiku na jedné, 2. právní vědu v užš. sl. sm. na druhé straně. První dvě vědy sdružuje ten společný znak, že směřují k určitému empyrickému cíli, t. j. jsou technickými vědami; liší je to, že jurisprudence, vycházejíc od právních axiomat opřených o státní autoritu, řeší technické společenské problémy, kdežto

politika za týmž účelem snaží se stanoviti nejvyšší normy sama. — Právní věda v užš. sl. sm. liší se od obou předchozích tím, že při řešení praktických právních problémů (t. j. tvoření právních norem) abstrahuje od individuálního a přihlíží k tomu, co je společného všem právním rozhodnutím. Je prostě *vědou normativní*. Od exaktních věd, zejména dogmatických, liší se svou positivností.

ad 3. Zbývá ještě promluviti o poslední skupině právních věd — totiž o *právní methodologii*. Vytkl jsem již v předu, že pod právní methodologii představuje si Kallab soubor poznatků o tom, jak lze docházeti objektivně správných prvních poznatků. Jestliže při tom methodologie pozoruje poznávací pochod jako děj, jímž lidé v skutečnosti docházejí k právním poznatkům, jež pokládají za správné — jest methodologií pragmatickou. Naproti tomu kritická methodologie vystihuje podmínky, za nichž ten neb onen způsob chápati právo jest myslitelným. Kritický postup volil Kallab v prvním dílu své methodologie; vzorem pragmatického postupu jest methoda Genyho.

To jsou stručně načrtnuté výtěžky první knihy Kallabova díla. — V druhém, kritickém dílu spisu probírá pak Kallab hlavní směry právní methodiky a posuzuje je s hlediska své theorie. Zabývá se tu podrobně zejména učením Bergbohmovým, Ehrlichovým, Stammlerovým, Kelsenovým, Eyckenovým, Genyho a pak theoriemi volnoprávními. Neodpovídalo by rozsahu ani úkolu této recense uváděti výtěžky Kallabovy kritiky, ač velmi zajímavé a poučné. Nám jde zde především o vlastní názory autorovy a proto obrátíme se raději k charakteristice a ocenění jeho díla, přes něž nelze přejíti prostým referátem.

Jeť práce Kallabova v naší právnické literatuře ojedinělou, a to v tom smyslu, že se pokouší o přísně kritickou rekonstrukci principů právnického myšlení, a že se na nich snaží vytýčiti kostru právní methodologie, ne takové, která by přijímala určitý jediný postup právního myšlení za samospasitelný, ale která by přihlížela ke všem jeho možným způsobům. V tom spočívá velký zisk Kallabovy knihy. Ovšem každá klassifikace věd, tedy i právních, je jen relativně dokonalá. Dokonalost její měří se dle toho, až do jaké míry methodolog dovedl vyčerpati hlediska, z nichž lze právo vědecky zpracovati. A právě v tomto směru theorie Kallabova uspokojuje, přes to, že se nevyhnula jednostrannostem, plynoucím z důsledního použití filosofického hlediska, jež autor volil. Tato volba neznamená však minus; naopak, na Kallabově theorii je právě cenným to, že si uvědomil, že otázka methodologie je současně otázkou filosofickou, že tedy právník, který si chce rozhodnouti methodologické problémy, musí jíti za okruh právních faktů, že musí předem odůvodniti hlediska, z nichž se na právo dívá, a to že není možné bez určitého světového názoru. Jaký je filosofický základ Kallabovy theorie, naznačil jsem již výše; je to filosofie kriticistická, navazující na tradici Kantovu. Mimo to patrný je u Kallaba jím samým doznávaný vliv hodnotné theorie Münsterbergovy, Windelbandovy a Rickertovy, pak vliv moderní filosofie francouzské, zejména Bergsonova intuicionismu. Veškeré tyto filosofické prvky dovedl Kallab pro-

myšliti do všech důsledků a založiti na nich organicky svou methodologii. Proto postavíme-li se na základ, z něhož vyšel, lze jeho práci stěží co vytknouti; logická pečlivost, s jakou postupoval, a propracovanost jeho theorie, jest vskutku dostupna málokterému z právních filosofů.

Kdo chce hodnotiti Kallabovu práci musí si především předložiti otázku, zda a jaký je z ní povšechný zisk pro právní vědy. Nepochybuji o tom, že v tomto směru Kallab vykonal velmi mnoho. Podařilo se mu provésti organicky ucelenou klassifikaci právních věd, vésti mezi jednotlivými právními vědami přesnou hranici, precisovati stanovisko, s něhož mají právo spracovávati; jedním slovem podařilo se mu uvésti v právní vědy řád a ukázati východisko z methodologické anarchie, která v nich vládne. Mám za to, že Kallab vytkl hlavní typy věd dokonale: proto jeho klassifikace může sloužiti za vodítko i tomu, kdo by se s filosofickým jeho názorem zcela nestotožňoval. — Význam Kallabovy práce spočívá dále v tom, že stále obrací pozornost na to, že právní věda nesmí se dívati na právo jen jako na něco, co jest, ale i jako na něco, co býti má. Tím zdůrazňuje Kallab povahu právní vědy jako aktivního činitele v právním životě: právní věda nemá jen studovati empyrický materiál, ale má se účastniti i na tvoření práva. Kallab přiznávaje právní vědě positivní účast na právotvorbě jde vskutku velmi daleko, když vyslovuje názor, že jediným pramenem práva (s hlediska methodologie) jest právní věda. Tím jednak reklamuje pro právníka a právnické právo zcela jiné postavení než jakého požívali v dosavadním právním životě, jednak činí průlom do vládnoucích názorů o právních pramenech, jež právo právnické přehlížely. — Dále dlužno upozorniti na to, kterak v celé práci Kallabově je patrna snaha, vyzvednouti právní vědy na niveau odpovídající výtěžkům moderních studií filosofických — zejména noetických a methodologických, což při konservativnosti právních věd znamená velmi mnoho. Jedním náběhem k jich modernisaci jest přijetí intuice, která právníka má přiblížiti skutečnostem života.

Řekl jsem, že kritika Kallabova spisu jest velmi obtížná, přijmeme-li za základ filosofické hledisko, na něž staví se on. Je samozřejmo, že by tomu bylo jinak, kdyby kritik přijal za svůj jiný světový názor a chtěl jím měřiti správnost Kallabových poznatků. Pak, i kdyby v základech přijal jeho klassifikaci právních věd, musil by ji jednak v jednotlivostech poopraviti, jednak interpretovati si jinak význam jednotlivých skupin právních věd. To, opětuji, je samozřejmé. V celku tedy otázka Kallabovy methodologie je otázkou správnosti jeho světového názoru, na který se staví. Kdo by chtěl vyvraceti methodologické názory Kallabovy, musil by předem dokázati nesprávnost jeho základního filosofického hlediska. To by ovšem vyžadovalo obecných filosofických a noetických úvah, které se však vymykají rámci této recense určené pro právníka. O úvahy tohoto druhu, bude-li příležitost, pokusíme se jinde. Zde můžeme zběžně poukázati jen k některým důsledkům, k nimž Kallabova theorie dospěla, a které s hlediska právníkova mohly by se státi předmětem diskusse.

Stěžejní otázka, kterou se Kallabův spis zabývá, je otázka objektivnosti. Právem. Kallab dobře postihl, jaký má význam pro naše poznávání a jednání. Uvědomil si, že otázka ta je v nejužší souvislosti s otázkou závaznosti, t. j. že jen tam jsme zavázáni uznati určitý soud nebo nutnost určitého jednání, jsme-li přesvědčeni o jich objektivní správnosti. Požadavek objektivnosti poznán je tedy osou noetiky, jako požadavek objektivnosti jednání osou ethiky a právní vědy. Jak si rozřešil otázku objektivnosti Kallab, bylo řečeno už výše; řeší ji totiž s hlediska subjektivně idealistického, jež považuje svět za produkt našeho vědomí. Důsledkem tohoto hlediska jest Kallabův noetický relativismus učící, že poznání transcendentna je nemyslitelným. Pak ovšem objektivnost nelze považovati za poměr poznatku nebo rozhodnutí k transcendentní skutečnosti, ale k jiným myšlénkovým výtvorům. A takovýmito výtvory jsou Kallabovi ideál přírody a kultury, ne skutečné ale myšlené jednotky, na nichž měříme pravdivost poznatků a správnost rozhodnutí. —

Upozorňuji však, že s Kallabem dlužno činiti rozdíl s jedné strany mezi hodnotami pravdy a dobra, a s druhé strany mezi konkretními pravdivými poznatky a správnými rozhodnutími. Pravda a dobro jako podmínky našeho poznávání a rozhodování jsou absolutní, apriorní formy, tudíž nezměnitelny, kdežto konkretní pravdivé poznatky a správné rozhodnutí jsou vždy jen relativní, měníce se dle ideálu přírody a kultury, jež si určitá doba vytvořila. Ale přes tuto svou relativnost jsou naše poznatky a rozhodnutí (i právní) objektivní pro svou nadosobnost, transsubjektivnost, totiž tím, že odpovídají ideálu přírody a kultury.

Z těchto předpokladů Kallabova učení plyne pro jeho právní filosofii důsledek, že idea spravedlnosti jest absolutní, že je nepomíjející formou našeho právního nazírání, že však není absolutně, t. j. pro všecky časy a místa spravedlivého práva. Práva jsou jen relativně spravedlivá, ve smyslu kultury daného stupně. Nelze tedy mluviti o nějakém právu přirozeném. — Princip objektivnosti práva neřeší si Kallab ve smyslu běžných theorií realisticky, ale zase čiře idealisticky: t. j. objektivnost práva není právu inhaerentní, ale jest jen důsledkem našeho nazírání na právo. Jinými slovy: objektivní je to právo, jež odpovídá naší představě kultury. Tu se nám však staví v cestu otázka: Jak se dívati na ty zákonné normy, které stát ukládá, které ale neodpovídají ideálu kultury? Nejsou snad objektivním právem? a kterak se k nim chovati? Vzato přímočaře, státnímu právu toho druhu bylo by nutno ve smyslu Kallabovy theorie upříti rázu objektivnosti, dokonce charakter práva vůbec a odmítnouti jeho závaznost. K těmto důsledkům ovšem Kallab nemůže nechati přijíti. Aby se jich vyvaroval, žádá při státním právu předpoklad snahy po dobru, po uskutečnění spravedlnosti. »Jako projev snahy po objektivním vyjádření toho, co býti má, působí příkaz autority.« Ovšem tento předpoklad, který ostatně selže tam, kde jde o právní předpis s tendencí zřejmě protikulturní, jest dosti slabým argumentem pro závaznost státního práva, ale Kallab, chtěl-li zůstati věren své theorii se mu vyhnouti nemohl.

V souhlasu se svou theorii posuzuje Kallab i poměr mravnosti a práva. Rozdíl mezi oběma netkví v povaze věci, ale rovněž ve způsobu našeho nazírání na lidské jednání. Posuzujeme-li je s hlediska kultury, volíme měřítko právní; když s hlediska charakteru, mluvíme o jeho moralitě. Tato distinkce je ovšem velmi duchaplná; je však otázkou, postačí-li k tomu, aby obsah pojmu právnosti a mravnosti vyčerpala. Nám zdá se, že k objasnění rozdílu mezi oběma pojmy nestačí jen stanovisko methodologické, ale i ontologické.

A tím ocitám se u jednoho ze zásadních bodů, v nichž s Kallabem nesouhlasím: je to jeho snaha redukovati právní filosofii na právní methodologii. Právní filosofie takto chápaná, jednak — jsouc příliš formální — nemůže rozřešiti všech filosofických problémů právních, jednak hrozí vždy zabřednouti do řešení předpokladových otázek, pro něž nemá času dostati se k vlastnímu svému úkolu, k tomu, aby vskutku o právu filosofovala. Že tato obava není planá, tomu nasvědčuje první díl Kallabova spisu, který jest téměř třemi čtvrtinami obecně methodologickým, a v dalším zlomku řeší teprve otázky methodologie právní. — Rozumíme-li dobře Kallabovi, pak v celku jest blízek stanovisku těch, kteří podstatu filosofie spatřují v řešení problémů noetických, a proto úkoly právní filosofie omezuje na nejobecnější otázky rázu formálního. Mám však za to, že úkol právní filosofie je daleko širší, a že třeba dáti za pravdu názoru, který legitimuje právní filosofii i k řešení právních otázek metafysických, filosofickohistorických a deontologických. Ovšem deontologický problém Kallab si z části řešil. Ale metafysické a filosofickohistorické otázky unikají mu nadobro. Možná, že Kallab dívá se na ně jako na vědecké antiquity, při jeho stanovisku nebylo by to nedůsledným. Kdo by si však měl řešiti otázku podstaty a vývoje práva s vyššího, metafysickho hlediska, ne-li právní filosof?

Přes veškeru různost v nazírání na podstatu a úkoly právní filosofie, přes to, že nesdílím Kallabova světového názoru, nemohu upříti jeho práci vysoké filosofické a vědecké hodnoty. Kallab pro právní methodologii učinil vše, co při svém filosofickém stanovisku pro ni učiniti mohl. Proto jeho kniha zůstane jedním z průkopnických děl české právnické literatury, k níž musí se vracet každý, kdo v právu vědecky chce pracovati. Bohuš Tomsa.

**Klosse Antonín,** Myšlenka a síla v dění sociálním. (V Praze 1920.)

Úkol spisu vytčen je v předmluvě nadepsané: »Moje cesta k filosofii« obratem: »Myšlenka a síla v dění sociálním zdálo se mi býti vystižením stavu sil, které působí na stav mezinárodního práva dnešního lidstva.«

Spis sám rozdělen jest na úvod (str. 8 a n.) na část nadepsanou »Společnost či jedinec?« (str. 21 a n.) a na část nadepsanou »Složky sociálního vzestupu« (str. 51 n.); v této části pak po oddílu, jenž asi

má k ní býti úvodem, jsou dva pododdíly nadepsané »Jedinec« (str. 65 n.), a »Theorie sociální a právo mezinárodní« (str. 88 n.).

V úvodě líčí se vývoj práva tak, že nejdříve »v mysli genia nebo vědce shrnuvšího v sobě celek kultury generace zableskne ideál k němuž myslitel razí přímou cestu, apriostických úvah, přesné určité logiky. Druhé stadium nastává, když tato myšlenka stává se pravidlem, dle něhož lidé navzájem se mají chovati, mravem, obyčejem« (str. 8.), »Zásada původně mravní vítězivší a pronikající jen svou vznešeností, stává-li se mravem vznešenosti ztrácí« (str. 9.). »Konečně morální příkazy stavší se právem vynucuje k tomu účelu organisovanou mocí své zachovávání, ale ježto i jen dostiučinění předpisu, bez vnitřního přesvědčení stačí, neskýtá často dosti ochrany ideálu (myšlence, jež jest důvodem jeho vzniku), jest porušován, dán pod ev. sankci trestní, zatím však doba změnila názor o hodnotě takto chráněné normy (trestní stíhání vinníků, nedotknutelnost vlastnictví) stavba se hroutí a nad troskami zdvihá se znenáhla nový mrav, zvyk, který již za platného práva dřívějšího zapouštěl kořeny« (str. 9.). Mrav, obyčej i právo jsou tedy pouze různými stadii vývoje zjevu téže sociální podstaty. Analysa, již autor podati se snaží »nese se opačným směrem, než směr právní filosofii vedoucí k onomu, etickými úvahami vytčenému, nejvyššímu cíli, naopak vede k nízkému realismu života. Jest to vlastně analysa sociologická« (str. 10.). Sociologii nelze nahraditi právní filosofií. »Neboť sociologie nás učí, jak společnost žije a proč tak žije, kdežto úkolem právní filosofie jest určiti, jak má člověk a společnost žíti« (str. 10.). V této práci chce autor vyložiti, které myšlenky způsobily pokrok, zjevný z historie, resp. v čem tkví a jakého druhu jest jejich síla (str. 11.). Věda sama může nám sice říci jaká příčina působí následek, ne však, které účele mají býti sledovány. »Abychom zvěděli, ne co jest, nýbrž oč je se nám snažiti, nutno zpět jíti ku projevu podvědomého, tak či onak nazývaného: citem, pudem, či silou života« (str. 11.).

»Podstata spravedlnosti, t. j. určení statků, jež právem mají býti chráněny spočívá na hodnocení jich« (str. 12.). Hodnoty jsou však velmi rozdílné. Přes to celé řešení problémů o něž autorovi jde, točí se kolem dvou pojmů, totiž společnost a individuum (str. 14.). Posledním cílem právní filosofie je nejvyšší dokonalost člověka i společnosti (str. 16.).

Na dvou příkladech ukazuje pak autor jak »schema vývoje myšlenky v čin při práci té dá se znázorniti třemi čarami, z nichž prvá, paprsek tryskající z mysli filosofa ukazuje vzdušnou nelomenou přímku, druhá: úvaha zákonodárce, po případě již hotové právo, podobá se trati na mapě, jež vyhýbá se překážkám, třetí klikatá a přerývaná křivka v tisíci drobných závitech udává pak, jakou intensitou ovládá právní norma skutečný život (jest to linie statistiky jednotlivých právních odborů)« (str. 17. 18.). Obšírný citát z Trakalova spisu »Novější právní a státní filosofie« má dotvrditi jak moc ideálu musí překonávati v sociálním životě různé překážky, čímž autor dochází k tvrzení, že vedle

rozumu se v dění sociálním uplatňují i zákony života jež tkví ve sféře citu a pudu (str. 20.).

V oddíle nadepsaném »Společnost či jedinec« ukazuje autor nejdříve, jak individuum »velmi často plně ztrácí ve společnosti vše to, co činí je od ostatních individuí téže vrstvy odlišným, a plně ve společnosti zaniká« (str. 22.). V životě sociálním jsou právě i nadindividuální cíle; historie snahy, dáti faktům které svědčí pro nadindividuální cíl i teoretický podklad, jest podle autora historií sociologie (str. 23.). To ukazuje, ovšem velmi zběžně, na učení Saint-Simonově, Comteově, Durkheimově, Spencerově, Ratzenhoferově a Mackarewiczowě, a dochází k mínění, že myšlenka účelovosti, jež se tu uplatňuje, byla v jednotlivých oborech právních zatlačena směry, jež přírodním vědám otevřely dvéře ve vědě právní. Sem počítá nejen Ferriho a Lombrosa, nýbrž i, a to hlavně, Tardeho, jehož »zákony nápodoby« jej zase uvádějí na myšlenku o závislosti jednotlivce na společnosti. Autor staví se tu proti učení transpersionalismu o kollektivní psyché. Ovšem připouští a na příkladech ukazuje, jak různé organismy sociální mající různé cíle spolu vstupují v boj. Toto působení prostředí na individuum je Klossemu podnětem k velmi obšírné populárně medicinské úvaze o hypnose a suggesci. V nich vidí »první průlom do finalismu, jejž právní filosofie applikuje na výklad při sociálním vývoji, důvod, proč při úvahách sociálních nelze postupovati jen a jen prostou či lépe řečeno přísně a výhradně logikou, neboť zvyky, názory, city i intelekt osoby suggerované, mizí (ale jen do určité míry!) a na místo nich nastupuje vůle suggerujícího« (str. 38.).

Vedle suggesce i dědičnost chorob duševních má jakýsi vliv na sociální poměry individuí a činí je přístupnějšími suggesci (str. 42.). Tím vším chce autor dokázati, že »ona základní sféra, kterou vyzařuje každá společnost, onen základní tón, více méně citový, jejž pociťujeme při vstupu do každé společnosti, a která působí změnu jednání i myšlení jedincova, jest síla a to síla tělesná, tudíž pro sociální pokrok indifferentní«. »Tato síla pak vyvěrá z jedince, z individuelního nervového systému a tak jest pramenem a východiskem této z nejmocnějších prvků sociální dynamiky jedinec« (str. 45.).

Tak dochází autor k závěru: »Jest cosi silnějšího v dění sociálním, než myšlenka, resp. vůle a čin individuí, myšlenkou řízený, nějaká vyšší ona nadindividuelní síla, mimo ideální, pro niž není suverenním princip causality« (str. 48.). »Třeba že právní filosofie trvá a musí trvati při tom, že jediným vodítkem nejvyšším musí býti právu myšlenka, nesmí se vyhýbati poznání a rozboru těchto fenomenů společenských«. »Není-li pro onen tlak, jemuž individuum ve společenské skupině podléhá, suverenním princip causality, co jest zákonem? Patrně zákony přírodní, a poněvadž se jedná o lidi, bytosti živoucí, zákony života. Tyto zákony poznati, určiti a roztříditi, náleží také v obor právní filosofie. To však lze jedině t. č. poznáním a analysou jednotlivce, a jeho duševních i sociálních sil. Podstata sociálního faktu je i dle názoru transpersonalistických sociologů synthesou vědomí individuelních. Tato pak ať apri-

oristicky (dualisticky), či empiricky (materialisticky, psychofysikálně) pojata, mohou býti studována jen na individuu, ano víc kollektivního, než ona zevní známka tlaku není zjištěno« (str. 40.).

V oddíle nadepsaném »Složky sociálního vzestupu« rozvádí autor dále myšlenku, že »rozum, myšlenka není v sociálním vývoji všemocnou« (str. 53.). Ovšem ale mocně působí v politice. Klosse rozebírá pak postup, jímž ideál se šíří, při čemž zdůrazňuje, že jest to individuum, které mravní pokrok, podklad lepšího práva, působí (str. 56.). Život, který jde zřídka za ideálem, život sociální, který nemá ideálu mimo zákon, stále porušovaný, zákon, jenž právě representuje fixaci kulturní hierarchie hodnot, jest věčně nový, plný neočekávaných změn. Zákony dnes vydané, za 50 roků jsou neudržitelny (str. 55.). »Nejen jednotlivec a jeho myšlenka, podstupuje zápas s tradicí a způsobem myšlení, dobou daným, nýbrž i celé skupiny; třídy a národové zápasí spolu« (str. 61.).

Svoje úvahy o složkách sociálního vzestupu shrnuje pak autor ve větu: »Při analysi příčin sociálního pokroku jsme konstatovali, že mravní základní ideu formuluje jedinec. Podstatou jeho duševního poznání že jest pudovost a cit. Základem pokroku sociálního jest myšlenka, jež jest propagována účelnou činností, politikou, v níž opět rozhodujícím činitelem pokroku sociálního jest individuum, vynikající taktem, t. j. schopností, vytušiti city smýšlení lidu a budoucí změny, stále měnlivého a nového života.« Naproti tomu onu sílu, kterou může se myšlenka jednotlivcova státi mocí morálně, právně i státně tvůrčí, dodává společnost. Tím, že ji povyšuje za svůj mrav, své přesvědčení, že ji vtělí a přenáší v tradici (podkladem její síly jest opět pud a cit); nejsilnější pak pákou postupu v životě sociálním (t. j. nejtrvalejší, a z mocné hloubky působící), mohoucností jest tradice morální« (str. 63., 64.). Jako zvláštní novum, s nímž prý stará filosofie neoperovala, zdůrazňuje tak autor vedle vůle jedincovy pud a cit.

Další část tohoto oddílu nadepsaná heslem »Jedinec« věnována jest podrobnějšímu rozboru těchto prvků. Máme-li si ujasniti podstatu, zákony a intensitu sociálních sil citu a pudu, abychom je v životě mohli podříditi rozumu (str. 65.), musíme podle autora vycházeti při svém sociologickém badání od poznávání individua a nesmíme, jak namnoze se děje, počínati od neznámé hordy.« Chybu theorií sociologických jest spatřovati v tom, že při svém postulovaném pojmu hordy sbližující pud (spolčovací kat' exochen) vylučuje, sobecký ponechává, a tak — an přirozený korrektiv jest eliminován — jeho důsledky zveličuje. Zjistíme-li pud i cit člověka původního, pak není horda skutečným embryem lidské společnosti, historickým stavem prapůvodní společnosti lidské, nýbrž schematem pro demonstrace, jež, třeba že v životě i v historii se vyskytá, určuje nám jako aprioristický postulát pouze jedno ze stadií koloběhu sociálního vývoje. Máme naopak právo se domnívati, že původní člověk byl pudově ba i citově více nadán, než člověk dob historických« (str. 69.). »Původní společnost lidí prvotních byla organisována jen pudově, z pudů zděděných, a dlouho, dlouho z tohoto moc-

ného a užitečného dědictví žila« (str. 71.). »Doba prvního vystoupení člověka v Evropě svědčí pro organisaci na základě pudovém« (str. 74.). »V pudu sdružovacím, jenž jest a byl základem všech společností, přinesl si do svého života člověk nejen formu sdružení svých nejbližších živočišných předků, nýbrž vše to, co po aeony život v předchůdcích těchto tvorů pěstil, a co mnohem později rozumem chápáno a zpracováno rozkvetlo v různých společenských řádech. A tak formy sdružení byly při člověku dříve, než v něm blesklo světlo rozumu« (str. 76.) Stadium hordy je mnohem pozdější, je to »stadium sprimitisovaného utilitarismu, basující sice také na pudu individuelním, ale na jiném sobectví« (str. 78.).

Důsledky těchto objevů pro theorii sociální jsou tyto:

I. Základní sféra nejen lidské nýbrž i živočišné společnosti není ve stavu hordy, nýbrž ve stavu pudového sdružování.

II. Stav hordy jest stavem druhotným a to ne jedinečným, nýbrž periodickým, vyskytujícím se vždy tam, kde ony sociální pudy mizí, buď úpadkem tělesným, nebo podřazováním nevyspělému neb nekulturnímu intellektu. Člověk po dlouhém a krutém boji s přírodou, jmenovitě v dobách ledových, stal se bytostí převážně rozumovou, bytostí, jejíž cíl, t. j. záchrana života a opatření všech potřeb závišelo od nejúspěšnějších nástrojů. Což naučilo člověka na vše pohlížeti »technicky«, všeho užívati jako nástroje, a vybrousilo sice jeho intellekt a otužilo jej pro budoucí zápas, avšak přivedlo ho k tomu, že konečně v člověku bleskla myšlenka, že i jeho druh by mu mohl sloužiti za nástroj. Tu teprve vzniká u něho snaha, soudruha se zmocniti, míti ho jako svůj majetek, svůj statek, jeť člověk ze všech statků nástrojem nejcennějším« (str. 85.).

III. Pud jest v podstatě mohoucností vědomou. Onen původní sociální pud tvoří u člověka zákony podvědomé, k nimž intellekt těžce a zvolna po nesmírných kulturních epochách dospívá v ethice a altruismu.

Bylo by absurdno chtíti snad a contrario dovozovati, že cit nebo pud má býti náhradou rozumu při tvoření práva. Ona pudová schopnost jest v přítomnosti jen stínem své původní duši osvětlující moci. Dnes projevuje se mocným sic, avšak neurčitým pocitem sympatie. Ne pud, nýbrž plný zušlechtěný duch lidský znající a ovládající správně zákony všech svých tří korrelativních složek: rozumu, citu a vůle, má vytvářeti právo (str. 86.).

IV. Tlak, který Durkhein pokládá za podstatu sociálních skutečností jest projev sociálních pudů té které skupiny« (str. 87.).

Poslední oddíl nadepsaný »Theorie sociální a právo mezinárodní« shrnuje autor v tvrzení: »Zjistivše že cit jest přímý a zušlechtěný potomek pravěkého sociálního pudu a uvědomivše si, že rozum i pud jsou projevy téže síly — původní prasíly, tvůrčí energie vývojové, společné všemu živému tvorstvu, která pouze dvě různé dráhy našla si ve vývoji živočišném, v pudu, vyspěvším nejvýše u hmyzu — a intellektu, rozkvetším v člověku, že tyto dvě dráhy jsou věčnou a jedinou směrnicí

již dáno člověku kráčeti v před, pak užijeme-li jí jako kriterii sociálních, obdržíme ku podivu jasné a přehledné schema:

1. Cit, resp. pud zakládá sdružení spontanní: manželství, rodinu, rod, národ.

2. Rozum zakládá sdružení úmyslné (účelné): hospodářská, právní, vrcholem obou jest stát; střed mezi oběma skupinami tvoří

3. politické strany, jejichž poměr k zásadám historického vývoje sdružení vůle jedna a dvě stvořivším, jest tento: konvervatism, liberalism, demokratism, anarchism.

Otázka, kterou přítomnost tak často všem do úst kladla: proč to, že státu, organisaci intellektuelní se posud nepodařilo ve skutek uvésti takový jasný a zřejmý postulát prostého rozumu, jako jest požadavek řešiti mezinárodní spory soudem? vyvolává tuto odpověď, řešící náš problém: 1. Jest cosi silnějšího v dění sociálním, než lidský rozum, 2. intellekt lidský v praxi jeví jistou tendenci, jež jest v tom na překážku« (str. 92., 93.). *

Uvedl jsem obsah spisu Klosseho pokud možno jeho vlastními slovy, aby lépe vysvitl zvláštní způsob, jímž podjímá se úkolu tak obtížného jakým jest řešení problému v nadpise naznačeného. Jest to úplné nedbání pravidla, že k vědecké práci a zvláště k práci filosofické třeba jest přesně vymeziti problém, který se má řešiti, a při řešení dbáti pokud možná přesného vymezení používaných pojmů. V obojím směru neplní spis Klosseho ani nejzákladnějších požadavků.

Tak již vymezení tématu, jemuž spis jest věnován, jest velmi nejasným. Na str. 7. se uvádí, že »chtěl vysvětliti, co pudí lidstvo ku prudkým erupcím válečným, co hrá o životy a statky národů« a dodává, že »myšlenka a síla v dění sociálním zdálo se býti vystižením stavu sil, které působí na stav mezinárodního práva dnešního lidstva«. Tu tedy by se zdálo, že cílem spisu je úvaha sociologická a že slovy »myšlenka a síla« má býti vyznačena dvojice sil zvláště pro mezinárodní život významných. Tomu nasvědčuje též prohlášení na str. 10., že analysa, jíž věnován jest tento spis, nese se opačným směrem než směr právní filosofie vedoucí k onomu, ehickými úvahami vytčenému, nejvyššímu cíli, naopak vede k nízkému realismu života. Jest to vlastně analysa sociologická (na str. 11). Však náhle se uvádí, že autor si učinil úkolem své práce vyložiti, které jsou to myšlenky, jež působí pokrok zjevný z historie resp. v čem tkví a jakého druhu jest jejich síla. Tu tedy již nestojí proti sobě myšlenka a síla jako dvě veličiny, nýbrž mluví se přímo o síle myšlenky. Podobně na str. 18. se prohlašuje, že úkolem této práce si autor učinil vysvětliti moc ideálů. Proti tvrzení, že tu jde o analysi sociologickou (str. 10.), prohlašuje se dále, na str. 20., že vedle úkolu vysvětlujícího zákony dynamiky, »druhý cíl, ryze filosoficko-právní, pojali jsme ve svou práci. Pokus o důkaz, že ona touha po absolutnu ve vší filosofii, v celém vyšším myšlenkovém světě člověka se jevící, není a nemá býti vyloučena ani z úvah právní filosofie.«

Podle toho by se zase zdálo, že myšlenka a síla nejsou dvě složky sociálního dění nýbrž dva způsoby, jimiž sociální dění pozoruje na

jedné straně právní filosofie, na druhé sociologie. Ale rozlišení těchto dvou oborů vědních jest ve spise Klosseho stejně mlhavé, jako vymezení vlastního problému. Míní na str. 10., že »sociologie nás učí, jak společnost žije a proč tak žije, kdežto úkolem právní filosofie jest určiti, jak má člověk a společnost žíti«. Na str. 48. se zase rozdíl mezi sociologií a právní filosofií vymezuje tak, že »prvá bere si za úkol pouhé roztřídění a určení fakt, kdežto tato chce určiti dráhy, kterými má jíti společnost, řízená právem, jehož vůdcem jest myšlenka.«

Nevíme ovšem, odkud čerpal autor svoje poznatky o právní filosofii a o sociologii. Při bohaté literatuře právě tomuto rozdílu věnované, jest jeho rozlišení přece jen příliš primitivní, ano naivní. Že by právní filosofie určovala, jak má člověk a společnost žíti, zdá se mi přece jen příliš jednostranným míněním. Než nehledě k tomu, neubránil se ani v tomto směru autor nedůslednosti, tvrdě na téže stránce 11., že »abychom zvěděli, ne co jest, nýbrž oč je se nám snažiti, nutno zpět jíti ku projevu podvědomého, tak či onak nazývaného: citem, pudem, či silou života«. Podle toho tedy by zase nebyla to myšlenka, jež vede naše úvahy o tom, co býti má, nýbrž cit a pud. A přece autor opětovně staví cit a pud proti myšlence jakožto síly, které znemožňují často uskutečnění ideálu. Ovšem i tu se setkáváme s představami naprosto mlhavými. Tak tam, kde definuje pud (str. 86.) praví: »Pud jest v podstatě mohoucností vědomou« a ihned pokračuje: »Onen původní sociální pud tvoří u člověka zákony podvědomé, k nimž intellekt těžce a zvolna po nesmírných kulturních epochách dospívá v ethice a altruismu«. Jak vědomá mohoucnost může tvořiti podvědomé zákony, jest ovšem nejasno.

Co vlastně máme klásti s názvem síly proti myšlence v žití sociálním, zůstává naprosto nejasným. Zdá se, že autorovi tu tanul na mysli rozdíl mezi racionálními a irracionálními prvky ve filosofii vůbec a v právní filosofii zvláště, ač i jakýsi ohlas Bergsonova rozlišení instinktu a intellektu možno tu zjistiti. Výklady autorovy jsou však příliš nejasné, než abychom mohli uhodnouti jeho vlastní myšlenku. Zvláště vadí jasnosti to, že autor patrně necítí rozdílu mezi racionálními a irracionálními prvky v předmětu, jejž poznáváme, a růzností v methodách právní filosofie i sociologie, jež tohoto předmětu se chápou. Proto bezradně a beznadějně přeskakuje stále z rozdílu mezi právní filosofií a sociologií na rozdíl mezi onou mlhavou myšlenkou a silou, tak že nikdy nevíme, jde-li mu při jeho myšlence a síle o rozdíl ve způsobě, jak společenský život chápati, či o rozdíl ve složkách tohoto společenského života samého.

Při tomto stavu nejasnosti, jenž místy hraničí na nesrozumitelnost, bylo by plýtvání časem, vyvraceti snad jednotlivá tvrzení autorova. Jen u dvou bodů bych se pozdržel.

Způsob, jakým autor na str. 8.—10. líčí vývoj práva a na str. 69. až 78. vývoj hordy, připomíná živě pověstnou Urwaldphilosophie, jež ve spise, který se označuje za sociologický, by se neměla vyskytovati.

Představy autorovy o kausalitě a přírodním zákonu charakterisují dostatečně tyto věty: »Jest cosi silnějšího v dění sociálním než my-

šlenka, resp. vůle a čin individuí myšlenkou řízených, nějaká vyšší ona nadindividuelní síla mimoideální, pro niž není suverenním princip kausality« (str. 48.). A »není-li pro onen tlak, jemuž individuum ve společenské skupině podléhá, suverenním princip kausality, co jest zákonem? Patrně zákony přírodní, a poněvadž se jedná o lidi, bytosti živoucí, zákony života« (str. 49.). Jak si představiti zákony přírodní bez kausality a jak nadindividuelní síla, pro niž není princip kausality suverenním, může působiti a býti dokonce silnější než jiná síla, jest vůbec nepochopitelno.

Těchto několik poznámek snad stačí na důkaz, že pan doktor Klosse svým spisem »Myšlenka a síla v dění sociálním« neobohatil nikterak naši literaturu a nepodal ani důkazu, že by byl s to vědeckou methodou zpracovati otázku ať právně filosofickou, ať sociologickou.

Dr. Jar. Kallab.

---

## Právo římské.

Costa Emilio, professore ord. di diritto nell' università di Bologna. Profilo storico del processo civile romano. Roma, Athenaeum, 1918. Str. XIII. a 229.

V učebnici římského práva procesného »Appunti didattici di diritto romano, serie seconda: Il processo civile romano« (1913—5), o níž byla podána zpráva ve Sborn. XIV., str. 370 ns., a XV., str. 622 ns., autor její, nyní již zvěčnělý Césare Bertolini, zmiňuje se o spisech: Costa »Storia delle fonti del diritto romano« (1909) a »Storia del diritto rom. privato« (1911), pronesl přání, vyslovené též od jiných, by spisovatel vypravil ještě další svazek, a to o dějinách procesu. Přání to E. Costa, profesor při universitě Bolognské, jenž byl mezitím ve své práci Cicerone giureconsulto, Parte III, Bologna 1916, široce pojednal o civilním procesu doby ciceronské, splnil krásně nahoře jmenovanou publikací, o níž zde hodláme referovati.

Na rozdíl od obšírného díla Bertoliniho, jež má plných 900 stránek, knížka Costova, Profilo storico del processo civile romano, vytkla si za úkol, v úzkých mezích školské příručky na základě výsledků dnešního vědeckého badání zcela stručně vyličiti římská zřízení procesná, zároveň pak poznámkami, jimiž jest opatřena, přispěti těm, kteří by chtěli prohloubiti svoje vědomosti o oněch zřízeních, a seznámiti je s vědeckými spory, vedenými dnes na tomto poli.

Odchyluje se od dotud obvyklého rozvrhu látky na tři části: na dobu legisakcí, na dobu formulí a na dobu judicií extraordinárních, sp. rozeznává pouze dvě období civilního procesu římského, první od počátků do třetího století po Kr., druhé odtud až do Justiniana. V prvé době soudní řízení ve sporech soukromoprávních má převahou ráz soukromý a bývá zváno ordo iudiciorum privatorum. V době druhé vládne výlučně proces čistě úřednický, extraordinaria cognitio. Podle těchto dělidel rozpadá se pak spis ve dvě knihy. Pro tento způsob rozložení látky vyslovili jsme se již v nahoře dotčené recensi učebnice Berto-

linih o ve Sborn. XIV. 371 a vítáme přítomnou knížku, ježto ji jest podán jasný důkaz, že ono rozdělení jest jak přiměřené tak i provedné.

V knize první, »L'ordo iudiciorum privatorum« (str. 7 až 135) sp. přikročuje hned k samému řízení. O osobách, účastnících se procesu, sp. nepojednává, jak bývá obvyklým v dnešních systemech procesných, společně ve zvláštním předchozím záhlaví, nýbrž zmiňuje se o jednotlivých z nich teprve, když ten onen subjekt procesného úkonu se objevuje po prvé v řízení. Ježto pak starořímská obsílka žalovaného na soud (in ius vocatio), jíž proces se zahajoval, odehrávala se mimosoudně pouze mezi prvoucími stranami, skýtá ona spisovateli hned v první obsáhlé poznámce (str. 7—9) příležitost promluviti o způsobilosti býti stranou a o způsobilosti procesné. O facultas postulandi sp. zmiňuje se pouze letmo, omezuje se na poznámku (str. 9, p. 1), že jí neměli mladší 18 let, pomíjeje však úplně účinků, které má na ni pohlaví a infamia. Důsledně sp. umisťuje nauku o jurisdikčních magistrátech tam, kde ve svých výkladech se dotýká prvního vystoupení stran na soudě před magistrátem (str. 15—17), učení o unus iudex a sborech porotních (recuperatores, decemviri a centumviri) pak teprve tam, kde počne popisovati druhé stadium procesové, přelíčení apud iudicem (t. zv. řízení in iudicio); str. 65—66. O procesných zástupcích a podpůrcích stran pak sp., následuje v tom Bertoliniho, promlouvá teprve na konci knihy první, když byl již hotov s vylíčením veškerého ordo iudiciorum privatorum (str. 121—131).

Co se pak dotýče řízení samého, vyličuje se v obsáhlém Cap. I. první knihy »Il processo in iure« (str. 7—64). Promluviv o soukromém úkonu proces zahajujícím (inius vocatio) a o jistotě, zabezpečující opětné dostavení se žalovaného na soud (o vadimonium), dále o čase a místě výkonu jurisdikce i o magistratech se soudní pravomocí, sp. pojednání o starořímské formě procesu in iure, o procesu legisakčním, podrobněji o lege agere sacramento, per condictionem a per iudicis postulationem. Na výklad o legis actio per condictionem sp. navazuje přímo učení o agere in rem per sponsionem (str. 24, 25), a to způsobem takovým, že ve čtoucím musí vzbuzovati dojem, jakoby v tomto případě pro dobývání summy sponsionis a tím pro ustavení sporu o právo vlastnické nebo dědické nebylo kdy bylo u Římanů jinakého prostředku procesného, nežli legisakce per condictionem, kdežto přece v pramenech jest tu dosvědčeno pouze summam sponsionis petere per formulam nebo per legis actionem sacramento (Gai, 4, 93, 95), čímž však nechceme nijak říci, že by učení, podle něhož agere per sponsionem mohlo vyústiti také v legis actio per condictionem nebo, pak přidáváme, v legis action per iudicis postulationem, bylo domněnkou pravděnepodobnou (str. 32—36).

Velmi obšírně sp. zabývá se (str. 32—36) s otázkou, u novějších častěji přetřásanou, zdali magistrat mohl již v starém procesu občanském před zákonem Aebutiovým odepříti svoje účastenství v legisakci, zastávaje pádnými důvody mínění také námi hájené (Sborník XIII 124 ns.), že již v době před oním zákonem magistrat byl v stejném rozsahu

jako později oprávněn k degenare (legis) actionem, jako bylo jemu již tenkráte volno, poskytovati ze své pravomoci ochranu soudní hlavně skrze actiones in factum nárokům, pro něž nepříslušela legis actio, a nelze tedy právo magistratovo k dare a denegare actionem pokládati za pravomoc, kterou by bylo majetníku jurisdikce propůjčila teprve řečená lex Aebuatia.

O procesu s písemnými formulemi (agere per formulas, per concepta verba) sp. soudí s Wlassakem správně, že řízení to bylo zavedeno zákonem Aebutiovým jen jako fakultativní forma občanského procesu a teprve zákony Juliovými stalo se jeho formou výhradní, čímž legis actiones odstraněny (str. 28, 29). Promluviv pak o zahájení procesu in iure skrze editio actionis a o defensi žalovaného, o denegatio actionis a datio actionis, o kaucích procesných a litiskonkestaci, sp. pojednává o písemné formuli a jejich částech i o roztřídění soukromoprávních actiones a příslušných formulí. Spisovatelově definici praeskripce: »La praescriptio è una clausula, colla quale il magistrato ordina al giudice di tener conto nella sua pronuncia di certe condizioni, la cui existenza valga a rendere ingiusta la reiezione dell' attore o la condanna del convento«, jest vytknouti, že jest nejen příliš neurčitá, nýbrž i co dotýče se praescripcí pro actore nesprávná. Vždyť těmito, na př. preskripcí »Ea res agatur cuius rei dies fuit« nebo »Ea res agatur de fundo mancipando« (Gai. 4, 131, 131a), se přece porotcovi nenařizuje, aby při vynesení rozsudku dbal jistých okolností, činících odmítnutí žaloby nespravedlivým, nýbrž slouží k tomu, aby předmět právní rozepře byl omezen a tím zabráněno tomu, by nebyl uveden do procesu v celém tom objemu, jak jej označují demonstratio a intentio. Pokračuje pak v líčení postupu in iure, sp. promlouvá o různých úkonech, směřujících k tomu, aby jisté předpoklady procesu byly určeny nebo rozhodnutí právního sporu rozsudkem jimi bylo nahraženo, jako jsou interrogatio, iusiurandum a confessio in iure, a konečně o opravném prostředku proti magistratským opatřením in iure: o intercesi magistrata vyššího nebo kolegy na apelaci žalobce nebo žalovaného.

Předmětem líčení v následujících kapitolách jsou řízení před porotcem (cap. II, str. 65—86: Il processo in iudicio), řízení exekuční (cap. III 87—1000: Il processo executivo) a řízení pro zmeškání (cap. IV str. 101—114: Il processo contumaciale). Co se řízení posléz dotčeného dotýče, sp., pojednávaje o zmeškání žalovaného in iure, béře v úvahu případ ten, že žalovaný se nedostavil vůbec před soudního magistrata pouze, pokud jde o žalovaného dlužníka, nikoli též, pokud jde o žalovaného, na nějž odpůrce hodlá nastupovati actione in rem nebo iudicio noxali. V dalších dvou kapitolách sp. zabývá se s ostatními procesnými prostředky, které se poskytují vedle vlastních actiones k ochraně práv, a s řízením, jímž přivádějí se k platnosti, podrobněji s interdikty a s procesem interdiktním (cap. V. str. 105—113), se stipulationes praetoriae, missiones in possessionem a s in integrum restitutiones (cap. VI. str. 115—119). Cap. VII (121—131) jest věnována procesnému zastoupení a asistenci, kterou stranám poskytovali oratores a advocati. K nauce

o procesném zastoupení připojena jest vhodně kap. VIII, jednající o translatio iudicii (str. 31—135). Že také mutatio iudiciis vedla k translatio iudicii, zastává sp. s Duquesnem proti Koschakrovi.

V knize druhé nakreslena jest extraordinaria cognitio (str. 139—207). V cap. I. líčí se znamenitým způsobem povaha nového řízení, v němž, jak sp. správně vytýká, magistrat, jenž na se béře vyšetření právní rozepře od obsílky až do konečného nálezu a účastňuje se, zastupuje stát, ve všech úkonech procesu, vykonává svůj úřad v duchu novém a zcela různém od onoho, který pronikával v klassickém ordo iudiciorum privatorum jak činnost magistratovu, směřující in iure k ustavení právního sporu, tak i činnost soudce soukromého, delegovaného od stran k tomu, aby prohlásil in iudicio nález v mezích oním ustavením procesu položených. Zvláště upozorňuje sp. na to, že v onom novém čistě úřednickém řízení uplatňuje se valnou měrou zásada vyhledávací, kdežto ordo iudiciorum privatorum jest ovládán podstatně zásadou projednávací (str. 143 ns.; sr. str. 2, 3). Pojednav pak na konci téže kapitoly o magistratech, vykonávajících civilní soudní pravomoc v řízení extra ordinem, i o místě a času soudním, sp. zabývá se v cap. II (str. 151—185) se zahájením i průběhem procesu kogničního, v cap. III (str. 187—191) s procesem kontumačním, v cap. IV (str. 193—201) s procesy sumárními, s procesem per rescriptum a s kompromisem. Zcela neobvyklým způsobem jest nauka o svépomoci položená až na samý konec knihy (cap. VI str. 209—214). Připojen jest pak vhodně index alfabetický. L. Heyrovský.

---

## Právo církevní.

Codex juris canonici a církevněprávní literatura v Italii.

Největší ohlas v literatuře právnické vzbudil nový zákoník církevní v Italii. Je to přirozeno. Italie dodala kurii nejvíce učenců a spisovatelů do komisí připravujících vyjití kodexu i do komise ku autentické interpretaci jeho. Advokáti římské Roty a jiných tribunálů papežských, ti všichni jsou zasvěceni do redakčních prací kodexu a znají aspoň occasio legis a úmysl zákonodárcův, když jim i chybí — jako všem ostatním dosud — znalost praxe kuriální.

Neboť — můžeme říci předem — praxe naráží při aplikaci jednotlivých norem Kodexu již dnes na těžké problémy, stručností jeho zaviněné.

Dokud tudíž se nám nedostane do ruky jako interpretační pomůcka praxe kurialní o rozhodnutí komise pro autentickou interpretaci Kodexu, bude se nám opírati o spisy autorů italských, jako nejpovolanějších a nejzasvěcenějších. Tím spíše, že k slibovanému vydání pramenů při redakci Kodexu užitých a zachovaných jako interpretačních podkladů, pro zaneprázdnění kard. Gasparriho v dohledné době nedojde.

Jak již z uvedeného patrno, jsou autoři o Kodexu pojednávající, profesoři církevního práva na papežských učelištích v Římě neb jiní

kurialisté, slovem ultramontanní. Přes to však díla jejich jsou objektivní a nezadávají příležitost k polemikám, ježto autoři jsou v intencích kurie — suchými komentatory Kodexu, nezabývajíce se syntetickým jeho zkoumáním.

Komentují buď některé jeho knihy anebo hodlají podati komentář celého Kodexu během doby; dosud ovšem vydali komentář knih jednotlivých, s úmyslem svou práci dokončiti.

Pořadí, v němž začínají, je různé, dle účasti, kterou autor na pracích redakčních měl, anebo dle důležitosti, kterou jednotlivým knihám připisuje. Největší pozornosti se těší právo trestní, manželské a I. a II. kniha Kodexu. Systematické zkoumání konkretních otázek sice nechybí, ale je dosud výjimkou a je odkázáno na církevně právní periodika.

Možno říci, že Kodex je právě předmětem učení. Kritické jeho zkoumání a vyrovnání se s Kodexem je ponecháno dobám pozdějším.

Na civilních universitách, ježto Kodex nezměnil nic na basi platných církevně státních ustanovení, se jen v stručnosti poukazuje na změnu církevních předpisů.

I v Italii na civilních universitách lze pozorovati tutéž tendenci co ve Francii, ponechati Kodex učitelům církevním a jen potud se jím zabývati, pokud může platné státní předpisy zajímati. Tím — plným právem — církevní právo na civilních universitách se stává účelným předmětem jen potud, pokud má význam pro laiky, t. j. jako právo historické a z platných norem potud, pokud se dotýká stávajících zákonů státních. Rozlišování na právo církevní (státní normy církevně-právni) a právo kanonické (čistě církevněprávní normy) se tu uplatňuje.

Z četné literatury pokodexové uvádím některá díla, pokud jsem je mohl seznati a jsou přístupna v prodeji.

Mimo Kodicistiku je pozoruhodno dílo »Raccolta dei concordati«, dílo soukromé, neofficielní a dosud nevyužité žádnou prací vědeckou. Autor S. Mercati, bibliotékář archivu vatikánského, zde pečlivě shrnul skoro všecky úmluvy mezi kurií a státy uzavřené od dob nejstarších (Monarchia Sicula) až do roku 1914 (konkordát srbský). Sbírka ta přes svou neoficielnost zůstane na dlouho důležitou pomůckou vědeckou. Neurovnanost trhu knižního způsobila, že toto dílo, ač již r. 1919 vyšlo, se nestalo dosud obecněji známým mimo Italii. Z Kodicistiky uvádím

Cesare Badii: Institutiones iuris canonici vol. I. Florentiae 1921. (vyd. 2 Normae generales, De personis).

Blat Albertus, Commentarium textus Codicis Juris canonici, l. III. de Rebus, pars I. de Sacramentis Roma 1920.

Týž, Commentarium textus C. J. c., l. I.—II. de personis, normae generales — 2. vyd. v tisku.

Chelodi Joannes, Jus poenale et ordo procedendi in iudiciis criminalibus iuxta codicem iuris canonici. Tridenti 1920.

Chelodi Joannes, Jus matrimoniale iuxta Codicem I. c. Tridenti 1919.

Noval Jos., De processibus, l. IV. Romae 1920.

Sole Jacob, De delictis et poenis Roma 1920.

Solieri Fr., Institutiones iuris eccl. Roma 1921.

Cerato Prosdocimus Censurae vigentes ipso facto a C. I. c. exceptae. Patavii 1920.

Týž. Matrimonium a C. I. c. desumptum. Patavii 1920.

Gius. Rossi, La sepoltura ecclesiastica. Bergami 1920.

Pighi, De matrimonio. Romae 1920.

Danets Munerati, Iuris eccl. publ. et privati elementa. 1920 Romae.

Bevillacqua, De Episcopi seu Ordinari ex novo Codice c. iuribus ac obligationibus.

Bargillat M., Praelectiones I. c. ed. XXXII. ad Canones novi Cod. red. (2 sv.).

Capello Fel., De Censuris juxta Cod. I. c. (1 sv.) Romae 1920.

Caterbini arv. Il Diritto Ecclesiastico Italiano. (1 sv.).

Cavigioli J. De Censuris latae sententiae, quae in C. I. c. continenentur. (Sv. 1.)

Cocchi Guido, Commentarium in C. I. c. normae generales.

Fanfani, De iure religiosorum ad normam C. I. c.

De Alexandris e Capitani, Deo et Caesari. Codex I. c. e Diritto Icahano in rapports a sacerdoti, coadiutori. (1 sv.)

Micheletti, Ius religiosorum e C. I. c. (1 sv.) Turin 1920.

Salucci Raff. Il sacerdote secundo il C. di dir. can. Turin 1920.

Dr. V. Bušek

---

## Právo slovanské.

**Малиновскiй J., Лекцiи по исторiи русскаго права. Въ Ростовѣ на Дону** 1918. Stran VIII a 488.

Zaznamenáváme dílo o ruských právních dějinách, které jako bílá vrána se objevilo za neblahého ruského rozvratu v novém universitním městě ruském v Rostově na Donu z péra vynikajícího odborníka, někdy profesora dějin ruského práva na universitě v Tomsku v Sibiři.

Tragika ruského národa projevuje se již ve vnější stránce knihy, tištěné na papíře horším než novinářském, způsobem neumělým. Tím více dlužno však chváliti heroickou obětavost a ideálnost ruských badatelů, kteří nedbajíce nepřekonatelných téměř obtíží, mohou ještě za rozvrácených poměrů ruských psáti a tiskem vydávati knihy tak cenné, jako je dílo prof. Malinovského.

Do nedávna měli Rusové jedinou učebnici ruských právních dějin, která podávala ucelený a při tom souměrný obraz o historickém vývoji ruského práva ve všech jeho odvětvích, totiž nejen práva státního, nýbrž i trestního, civilního a procesního. Byla to kniha kijevského profesora Vladimirského-Budanova, která se dočkala mnoha vydání. Vynikalať nade všechny podobné ruské učebnice — a bylo jich mnoho — tím, že podávala způsobem velmi souměrným výklad o dějinách ruského

státního práva od dob nejstarších až do doby nové a že si mimo to všímala vývoje všech právních oborů. Že věnovala velikou pozornost i pramenům ruského práva, staršího i novějšího, není ani třeba podotýkati.

Podobného rázu je i učebnice prof. J. Malinovského, která po jedné stránce znamená pokrok i naproti samému Vladimirskému-Budanovu. Starší ruští učenci většinou totiž zanedbávali poněkud dějiny práva té větve ruského národa, která se koncentrovala ve státě litevskoruském. Ačkoliv se někteří z nich, jako na př. Leontovič a také sám Vladimirskij-Budanov, z mladších pak hlavně M. N. Jasinskij, zabývali i studiem dějin práva litevskoruského, t. j. západoruského, projevovalo se to v jejich učebnicích pro universitní posluchače jen nepatrně. Vzácnou výjimkou je po té stránce kniha Malinovského, výborného znalce litevskoruského práva, který již před lety vydal několik pozoruhodných monografií věnovaných dějinám práva západní větve ruského národa. Znalostí svých Malinovskij použil ve své učebnici, o níž tuto podáváme stručnou zprávu. Při každé příležitosti seznamuje autor své posluchače a čtenáře nejen s právem té části ruského národa, která žila ve východním státě ruském, t. zv. moskevském, nýbrž i s instituty práva litevskoruského. A ani na tom nepřestává, nýbrž všímá si i místních odchylek a zvláštností ruského práva, jak se vyvinuly v jednotlivých končinách veliké ruské říše. Kniha jeho nabývá tím veliké ceny a přednosti před jinými podobnými učebnicemi ruských právních dějin.

Do podrobností v tomto stručném referátě jíti nemůžeme. Obmezíme se jen na suchý výčet hlavních oddílů knihy. Po krátkém úvodě autor pojednává o pramenech dějin ruského práva. Začíná právem obyčejovým a poměrem jeho k právu zákonnému, načež přechází k památkám ruských dějin, pak ke smlouvám s Řeky, k církevnímu zákonodárství, k pramenům práva byzantského, ke smlouvám s Němci, na to pojednává o Ruské Pravdě a soudních zákonech pskovském a novgorodském atd. Nezapomíná ani na privileje, listy a právní prameny státu litevskoruského. Probrav ještě prameny práva ve státě moskevském, končí zákonodárstvím období císařského.

Nejobsáhlejší je část učebnice věnovaná dějinám práva státního (str. 67—269). Probírá se tu nejdříve právo nejstarší doby knížecí a pak období pozdějších, a sice co do všech tvůrčích elementů státu. Vykládá se totiž dost obšírně o území státním, o obyvatelstvu a o státní moci. Velmi cenné jsou zejména výklady o různých druzích obyvatelstva a to zase jak ve starších knížetstvích a ve státě moskevském, tak i v říši litevskoruské, dále výklady o věčích (sněmech), bojarské dumě, radě velikého knížetství litevského, o valném sněmě téhož knížetství, o zemských soborech (sněmech) moskevských a jiných věcech. I v této části jde autor až do období císařského, pojednávaje o komitétu ministrů a radě ministerské, o senátu a sv. synodu. Výklady o samosprávě od dob nejstarších až do 19. stol. končí se tato část.

Poměrně obšírný je také oddíl zabývající se právem trestním (str. 270—402). Také v tomto oddíle je spisovatel velmi originální. Používá

tu výsledků svých starších studií o právu trestním a přihlíží zase k pramenům obou větví ruského národa, východní i západní. Menší je část věnovaná dějinám práva civilního (str. 402—456), nejmenší pak část o dějinách soudního řízení (str. 457—488). Karel Kadlec.

**Koss Rudolf,** Forschungen zur mittelalterlichen Gerichtsverfassung Böhmens und Mährens. Prag 1919. Stran 63.

Spis Kossův skládá se ze tří kapitol. V úvodě autor ukazuje na nedostatečnost pramenů českých a moravských, z nichž by bylo možno učiniti si jasný obraz o starém českém soudnictví. Nejasnou máme zejména představu o dvojím soudě v krajích, o soudě cúdařově a soudě vladařově (villikově). Spisovatel podává tu přehled mínění jednotlivých badatelů v dané otázce.

Kapitola druhá je věnována vzniku zemského soudu. Autor dospívá k závěru, že zemský soud nepovstal, jak se dosud skoro obecně za to mělo, teprve za Přemysla Otakara II., a sice reformami tohoto panovníka. Podle autora jsou počátky zemského soudu starší a sahají již do posledních let vlády Václava I. Přeměna dosavadního soudu královského — pohyblivého — souvisí se změnou v celé zemské správě a také s rostoucím vlivem českého panstva. Nejvyšší dvorští úředníci proměňují se již na sklonku panování Václava I. v úředníky zemské, jak to vidno z jejich titulatury, nejdříve kolísavé, pak znenáhla se ustalující. Prvým projevem stavovství, totiž vznikající zemské obce, tehdy ještě panské (velmožské), jest zemská pečeť českých pánů z r. 1219. Autor pojednává v této kapitole také o radě královské, která byla dvojí, jednak úřednická, jednak stavovská. Myšlenka jeho není nová, nýbrž výtěžky cizího badání (zejména Spangenbergova), jsou tu aplikovány na české poměry.

V kap. třetí spisovatel snaží se dokázati, že krajské cúdy české a moravské byly soudy civilními, kdežto soudy t. zv. provinciálních soudců (judices provinciales) čili popravců (correctores, iustitiarii) byly soudy trestními, a sice vzniklými ze soudů královských hospodářských úředníků, t. zv. vladařů (villici), t. j. správců.

Výklady a důkazy autorovy jsou přesvědčivé, a třeba s leckterýms detailem nelze souhlasiti, přece dlužno piřznati, že spisovatel snaží se objektivně používat pramenů a vytěžiti znich co nejvíce. Velmi mu prospívá znalost českého jazyka, takže může se seznamovati i s výsledky českého vědeckého badání. Není mu neznáma ani vědecká literatura polská, jak je vidno z různých míst. K. K.

**Kapras Jan,** Právní dějiny zemí koruny české. Díl třetí: Dějiny státního zřízení. Část druhá: Doba pobělohorská. Se dvěma mapami. Sešit I. (stran 232). V Praze 1920.

Upozorňujeme zatím jen zběžně na poslední vyšlou část velikého Kaprasova díla »Právní dějiny zemí koruny české«, o jehož prvních dílech časopis náš podával zprávu. Dílo blíží se ke konci. Sešit před ro-

kem vydaný zabývá se dobou pobělohorskou. Spis má i ve svém pokračování tytéž vlastnosti jako části předcházející. Především dlužno vzdáti veškeru chválu nevšední píli autorově, s jakou sebral při každé kapitole příslušnou literaturu, nejen českou, nýbrž i německou a vůbec jinojazyčnou. Další velikou předností knihy je, že si všímá celého rozsahu českého státu, tedy i t. zv. zemí vedlejších, k nimž dosud v celkových přehledech nebylo dostatečně přihlíženo.

Autor začíná územím české koruny a jejím obyvatelstvem v době státu absolutistického. (Zajímavá je zejména kapitola »Poměry národnostní«, str. 38—49). Nato pojednává o ústavě (str. 75—173), a sice ve dvou oddílech, z nichž prvý je nadepsán »Pobělohorský absolutismus aristokratický«, druhý pak »Osvícený a policejní absolutismus«. Pod další rubrikou »Správa« podán je výklad o krajích, městech, panstvích a vsích, soudech, vojenství a stycích mezinárodnch, o hornictví a financích.

Konečný úsudek o třetím díle bude si možno učiniti teprve po vyjití posledního sešitu. Prozatím nezamlouvá se nám v autorově systému zařadění některých úřadů do rubriky »Ústava«, jiných však do rubriky »Správa«. Těšíme se na zakončení celého díla. Pak podáme referát podrobnější. K. K.

---

## Právo německé.

**Keutgen F.**, Der deutsche Staat des Mittelalters. Jena 1918. Stran 186.

Podnět k nadepsané monografii dán byl autorovi spisem Der deutsche Staat des Mittelalters (I. sv.) G. v. Belowa, jemuž je kniha také věnována. Spisovatel hlásí se do téhož tábora právních historiků německých jako sám Below. Jak na konci své monografie praví, běželo mu jen o to, aby vyložil jisté základní otázky o podstatě německého státu v jeho různých fázích od pravěku až na konec středověku. Ve svých názorech neuchyluje se mnoho od Belowa, jehož vývody jen v podrobnostech doplňuje anebo málo pozměňuje.

Výsledek, k němuž spisovatel dospěl, je formulován na konci knihy v závěrečné kapitole (Schluss) asi takto: Germánský stát liší se od státu římského od samých svých počátků svou dualistickou povahou. Kdežto stát starověký, především římský, dualistického rázu, jímž se s počátku rovněž vyznačoval, záhy pozbyl a individuum svému panství úplně podřídil, uplatňují se ve státě germánském od nejstarších počátků až do konce středověku — dále spisovatel nejde — také státní občané. Germánský stát je naproti městskému státu římskému »státem plošným« (ein Flächenstaat) — Keutgen opakuje tu, co již jiní postřehli (srov. Jellinek) —, »státem sedláků a pozemkových pánů, státem mužů, kteří daleko od města a sídla ústřední vlády vzdorně a nezávisle na vlastní půdě stojí a v hroudě kotví« (str. 184). Síly takového státu dají se těžko spojiti k jednotným cílům; těžko je mu zvláště při jeho nesmírném rozsahu, dáti tuhou, dobře uspořádanou ústavu. Individuum

podržuje naproti němu své právo. Takový stát je však zdravý. Mohlo by se o něm říci, že stojí bezpečně na obou nohou (184).

Ačkoli se dualism projevuje již v nejstarším státě germánském, vlastní období jeho rozkvětu nastává teprve v t. zv. teritoriálním státě německém. Ve 14. stol. zdá se, jako by stát vůbec ani neexistoval. Obě strany, zeměpán i stavové hledí si svých soukromých zájmů. Těžko je říci, v čí rukou vlastně spočívá státní moc. Teritorium zdánlivě se rozpadá, ale přece tomu tak není. Místo pojmu státu objevuje se pojem země, a jako její zástupci — obhájci zemského prospěchu — vystupují brzo stavové, brzo zeměpán. Jak kníže, tak stavové, byť za vzájemných sporů, pracují o udržení a rozvoji německého státu. Tato součinnost (Zusammenspiel) nepřátelských sil zdá se býti nepřirozená a nevysvětlitelná, ale přece běží o něco zcela přirozeného. Pozorujeme to s hlediska zemského blaha. Konec konců blaho obou stran bylo nerozlučně spojeno se zdarem země, v níž strany žily.

Ale touto péči o blaho země se součinnost obou stran nevyčerpává. Velikou a snad ještě větší roli hraje bránění se před přehmaty zeměpána a jeho úředníků na straně ovládaných a na straně vlády zase odrážení útoků poddanské oposice. Obě strany konečně poznávají, že v zájmu vlastním musejí se mírniti a působiti ve prospěch státu.

Jak knížata, tak stavové dobyli si tedy velikých zásluh o upevnění myšlenky státní jednoty. Ale přirozeným zástupcem této ideje byl přece výše zeměpán. O budování státní jednoty pracovaly vedle něho různé instituce, úzce s ním spojené, jako soudy, zeměpanská správa a zvláště ústřední úřad knížecí, rada, dále církevní a vojenská politika. Poněvadž sjednocení státu vycházelo od zeměpána a jeho orgánů, byl tím již předem dán směr vývoje k absolutismu. Absolutism byl nevyhnutelnou reakcí proti dřívějšímu rozštěpení státní moci, hraničícímu nepořádka až s anarchií, zároveň s tím však stal se nutným přechodem k normálnímu státnímu životu založenému na zdravém dualistickém podkladě, kde státní moc je sice rozdělena mezi národ a korunu, ale oběma činiteli je vykonávána za vzájemné součinnosti.

Stará jednotná říše římskoněmecká se sice rozpadla, ale základy novému státnímu pořádku byly kladeny v teritoriích.

Je s podivem, že se autor v závěrečné kapitole svého spisu nezmínil o jedné ze svých hlavních myšlenek, o níž vykládá na str. 80 násl., že v ústavním vývoji německého národa se projevuje nepřetržitost. Vysvětliv na rozdíl od dosavadní literatury pojem »knížat«, jak se jeví od sklonku 12. stol., dospívá Keutgen k závěru, že ze starých panujících rodů z doby předfrancké vybíráno bylo v říši francké i římskoněmecké zeměpanské úřednictvo, a z tohoto úřednictva že se pak znova vyvinuli panovníci, že tedy vývoj se vrátil ke svým počátkům.

Celý spis je rozdělen na 7 kapitol. V prvé se pojednává o základních otázkách (o osobnosti středověkého státu, o suverenitě, o veřejném a soukromém právu), ve druhé o germánském státě, o říši francké

a státech národních, ve třetí kapitole o lenním zřízení, ve čtvrté o knížecím stavu, v páté o zeměpanské moci, v šesté o poměru mezi zeměpánem a zemí, v sedmé o zeměpanské ústavě. K. K.

**Koss Rudolf**, Das Wesen des ältesten deutschen Adels und die Lehre von der Urdemokratie. Prag 1919 Stran 60.

Autor dokazuje v práci své nesprávnost převážného dosud v literatuře německé mínění, jako by povaha šlechty germánské z nejstarších dob byla jiná než povaha šlechty středověké, a jako by se u starých Germánů byla projevovala vláda demokracie.

Základní chybou v literatuře germánských ústavních dějin byla druhá z uvedených shora hypotes o demokratickém zřízení u starých Germánů. Věřilo-li se v německé vědě, že u Germánů panovala všeobecná svoboda a s ní demokracie, vyplýval z toho důsledek, že stará německá šlechta nemohla míti zděděných právních předností a byla tedy jen stavem těšícím se větší skutečné vážnosti v očích obyvatelstva, vážnosti, opírající se o osobní kvality, o zásluhy a statečnost. Naproti tomu postavení šlechty středověké se zakládalo na rodu (původě) a spojených s ním politických právech, čímž je zároveň řečeno, že ve středověké německé společnosti panovala veliká nerovnost.

Vyjmenovav jednotlivé učence, kteří se vyslovili o významu staro-germánské šlechty, spisovatel vykládá, že šlechta u starých Němců byla skutečnou rodovou šlechtou, která s předků přecházela na potomky. Jen tak možno rozuměti Tacitovým nobiles v Germanii i Dějinách. Poněvadž však správný výklad termínu nobiles se nesrovnával s představou o demokracii u Germánů, a této představy badatelé se nechtěli vzdáti, našlo se východisko v tom, že stará šlechta byla pojímána jen jako přední stav sociální, nikoli zároveň jako stav právní a politický.

Podle autora jsou pro rodovou šlechtu dvě známky karakteristické. Jednak běží tu o určitá stavovská nadpráví a jednak i o stav trvalý (dědičný). Že obě ty známky jsou patrné u staré germánské šlechty, neušlo již některým starším badatelům. Spisovatel je vypočítává.

V čem spočívaly právní přednosti staré šlechty? Šlechtictví opravňovalo k panování. Středověké rodiny dynastů byly panujícími rody. Také podle Tacita měly určité rodiny výhradné právo na královskou hodnost. Co platilo o králích, platilo i o knížatech (principes). Nesprávný jest podle autora výklad, že by principes byli bývali jen republikánskými úředníky. Mezi reges a principes nebylo žádné protivy. Také principát germánský spočíval na monarchickém základě. Byl-li nějaký rozdíl mezi oběma termíny, nebyl právnický, nýbrž jen kvalitativní. Principes byli panovníky menších území než králové. Spisovatel probírá jednotlivé germánské kmeny a ukazuje, že na počátku je u nich všude principát (das Kleinkönigtum) a teprve později větší monarchie. Srovnává s tím i poměry u Slovanů a různých starověkých národů.

Po zcentralisování států nezmizeli staří principes, nýbrž stali se z nich podřízení státní úředníci. Vidíme to na př. u Sasů, u národů nordických, u Anglosasů i j. Také staročeskou rodovou šlechtu pokládá autor za aristokracii dynastického původu. Nelze popírati, že snad několik málo šlechtických rodů českých — ani ne pět — pocházelo z bývalých dynastů, ale všechno jsou jen prázdné dohady.

Původně nebylo tedy žádné jiné šlechty než panující rody. Šlechta a drobní knížata jsou v nejstarší době jedno a totéž. Zprávy Tacitovy o principes musíme uvésti v soulad s pozdějšími dějinami a míti za to, že oni principes jsou nobiles. To však vede k důsledku, že ústavní dějiny germánské nepočínají se demokracií, nýbrž aristokracií. I to snaží se spisovatel dokázati na základě srovnavacích právních dějin, jež nás nutí k uznání mínění, že na počátku sociálnho vývoje kulturních národů byla aristokratická ústava.

Na podporu svého mínění autor uvádí řadu badatelů, kteří rovněž dokazovali, že státním zřízením starých Germánů nebyla nijak demokracie, a dospívá k závěru, že kořeny nauky o svobodě a rovnosti dlužno hledati v sociologickém nazírání doby osvobození sedláků, francouzské revoluce a romantiky. Podobně dlužno zamítnouti podle autora — a po našem mínění vším právem — učení, jako by také východiskem dějin slovanských bylo zřízení demokratické.

Ukázalo-li se takto převážné nazírání na počátek germánských politických dějin nesprávným, odpadá překážka, která nám vadila při posuzování otázky starogermánské šlechty. Šlechta ona nebyla jen stavem požívajícím faktické přednosti před ostatním obyvatelstvem, nýbrž skutečným politickým rodovým stavem, jak se nám jeví ve středověku. Spisovatel snaží se to dokázati z nejstarších pramenů o počátcích dějin Franků.

Máme za to, že se autorovi důkaz o správnosti obou vytčených thesí úplně podařil. Karel Kadlec.

---

## Právo státní.

**Weyr Frant.**, Soustava československého práva státního. (Sbírka spisů právnických a národohospodářských. Vydávají Karel Engliš a Frant. Weyr. Sv. VII.) V Brně 1921. Stran 374.

S radostí zaznamenáváme prvý spis věnovaný stručnému výkladu státního práva naší mladé republiky. Byl-li kdo v prvé řadě povolán a zároveň i povinen podati nám soustavný výklad řečeného předmětu, byl to právě jeden z nemnohých odborníků, kteří se vynikajícím způsobem účastnili při budování ústavních základů obnoveného našeho státu. Jako výborný theoretik státního práva a parátní vědecký spisovatel a při tom nejen prostý člen prvého našeho Národního shromáždění, nýbrž zároveň druhý místopředseda ústavního výboru měl prof. Weyr k úkolu svému obzvláštní legitimaci. Knihu jeho jsme přímo očekávali. Že však vyšla tak brzo, sotva takořka ústavní základy československé republiky byly hotovy, přece nás jen překvapilo.

Autor sám uznal za vhodno, aby se v úvodě k práci své dotkl otázky, proč s takovou rychlostí knihu svou vydává. Má úplnou pravdu, praví-li, že veřejnost naše čeká netrpělivě, aby jí byla podána vědecká soustava ústavních základů našeho státu, a že jest oprávněna čekati ji především od těch, jichž životním povoláním jest, aby se podobného obtížného pokusu podjali. O obtíži úkolu nebude zajisté žádný odborník pochybovati. Jeť veliký rozdíl mezi sepsáním výkladu o ústavním právu jakéhokoli staršího státu, majícího za sebou jistou minulost, a mezi vědeckou prací, která má podati obraz ústavního práva ve státě nově zřízeném, teprve nedávno organisovaném. Nejen že tu není starších vzorů literárních ani jakýchkoli vědeckých pomůcek, ale sama látka probíraná a kritisovaná není ještě úplně hotova a ucelena. Právní řád náš přes veškeren chvat a úsilovnou snahu prvého i druhého Národního shromáždění nebyl dosud vybudován výše než do základů. Ústavní zákony naše nejsou než základními zákony, vyžadujícími další podrobné úpravy v zákonech je doplňujících. V přirozeném prvotním spěchu dopustili se naši zákonodárci, jak asi jinak býti nemůže, rozličných nedůsledností. Formulovali také některé právní normy nejasně nebo nepřesně anebo aspoň těžkopádně, takže v prvním okamžiku je někdy velmi nesnadno seznati pravý smysl zákonného předpisu. Obtíž stupňuje se ještě tím, že převzali jsme šmahem, pokud to republikánská forma našeho státu dovolila, a pokud jsme výslovně nechtěli právní řád svůj nově upravovati, dřívější právní řád rakouský (jen částečně i uherský). Všechno to má za následek, že v objektivním právu našem je dosud mnoho mezer, nejasností a odporů. Co se týče mezer, jsou některé jen prozatímní a budou odstraněny, jakmile budou vydány předpisy, k nimž dosud pro nával normotvorné práce dojíti nemohlo. Ale jiné mezery zůstanou. Jsou to zákonné nedomluvy v látce legislativně již probírané, nedomluvy, jež zákonodárce ve spěchu přehlédl a k nimž se při příští své činnosti třeba už ani nevrátí.,

Zkrátka neucelený dosud právní řád náš klade na prvého theoretického vykladatele mnohem větší požadavky než na vykladatele pozdější. Nechce-li spisovatel seznamující své čtenáře s ústavou naší republiky přestati jen na parafrázi zákonných tekstů — a k takovým autorům, jak známo, nepatří prof. Weyr —, má krásnou, třeba obtížnou příležitost podati svému čtenářstvu soustavný vědecký obraz státního práva národa, který sotva byl osudem povolán k tomu, aby po staletích utrpení znova sám si vládl, s celou vervou pustil se do budování samostatného svého státního života.

Prof. Weyr úkol svůj poněkud komplikoval tím, že si při spisování svého díla vytkl dvojí cíl. Podle vlastních jeho slov má kniha jeho býti jednak povšechnou informační pomůckou pro každého, kdo si přeje poznati ústavu naší republiky, jednak má českým studujícím práv podána býti vhodná učební pomůcka pro studium československého práva ústavního. Úkol učebnice stojí v popředí. Proto připojil spisovatel k dílu svému a umístil na prvém místě stručnou stať o obecném právu státním. Autor v úvodě k dílu svému zdůrazňuje, že spis jeho

určen jest pro odborné právníky nebo ty, kteří se jimi chtějí státi, a nesleduje tudíž tendenci popularisačních. Je to z knihy jeho skutečné na přečetných místech viděti, i kdyby v úvodě výslovně nepodotýkal, že studium díla jeho předpokládá zvláště znalost základů jeho theorie normativní, o níž podrobněji pojednal ve svých »Základech filosofie právní«. Tato okolnost ztěžuje poněkud studium jeho knihy.

Do podrobností díla nebudeme se pouštěti. Stačí, když upozorníme na přednosti knihy. O autorovi je v odborných kruzích známo, že je silnou vědeckou individualitou. Velice si libuje v theoretisování, čímž je zároveň řečeno, že velkou váhu klade na kritiku zákonného tekstu, a že je zároveň duchem myslivým, samostatným. Tyto jeho vlastnosti projevují se v celé knize, kde se k tomu naskytuje příležitost. Tak hned začátek jeho výkladů o československém právu státním jest originální. Myslím tu na stať jeho »Vznik československého státu a právního řádu« a zvláště na stať »Povšechný ráz a vnější úprava právního řádu československého«. Pěknou ukázkou juristické soudnosti jsou také výklady o neodpovědnosti presidentově (str. 190 a násl.) a odpovědnosti ministrů (str. 230 a násl.) a j.

Největší část spisu jeho věnována je státním orgánům, jednak zákonodárným, jednak výkonným. S hlediska systematického rádi bychom byli viděli, kdyby o stálém výboru Národního shromáždění podle § 54. ústavní listiny bylo pojednáno odděleně až za vyčerpáním látky o Národním shromáždění. Vsunutí látky do oddílu nadepsaného »Předměty jednání a způsob jich projednávání« a přiřadění ke kapitole »Volby a návrhy na jmenování« — není zajisté vhodné.

Nejasné jest autorovo mínění o postavení Podkarpatské Rusi (str. 92 a 93). Jednou mluví o státním fragmentu, po druhé však jeví se mu stát československý jako stát spolkový.

Na některých místech vloudily se autorovi některé nesprávnosti. Tak na str. 12 se praví, že nauka mluvíc o »právu obyčejovém«, představuje si obyčej jako normový subjekt (tvůrce) jistých norem. Právní obyčej není přece subjektem nějakých norem, nýbrž produktem právního nazírání j i s t é h o k r u h u o s o b. Nesprávné je také mínění (str. 237, pozn. 1), že bývalé dvorské kanceláře v habsburské monarchii byly ústředními úřady s povšechnou věcnou příslušností pro jednotlivá území státu. Autor tu zapomněl, že neběželo o jednotný stát, nýbrž o monarchii, složenou z n ě k o l i k a s t á t ů, z nichž každý měl vlastní svůj centrální úřad, a to s kompetencí n i k o l i p o v š e c h n o u, třeba složitější než dnešní ministerstva.

Nepříjemně se nás dotýkají časté jazykové poklesky. Autor opětovně píše podle nějž a z nějž místo podle něhož, z něhož; píše také obě sněmovny usnáší se (místo usnášejí se), hoviti (místo hověti); dotčený znamená mu tolik jako der Betreffende atd.

Byli bychom rádi viděli, kdyby spisovatel na příslušných místech byl vyslovil svůj soud nejen o formální stránce naší ústavy, nýbrž i o jejím obsahu. Příležitosti k tomu byl by měl dost a nescházejí mu

k tomu ani schopnosti, třeba to o sobě z nemístné skromnosti v úvodě praví. Je to zajisté jen v prospěchu věci, kritisuje-li se ústava i co do obsahu. Jen tak dospějeme k revisi ustanovení ne právě vhodných, jakých je v zákonech našich následkem spěchu dosti veliký počet. Za příklad posloužiti mohou na př. trestní ustanovení týkající se deliktů proti volebnímu řádu pro poslaneckou sněmovnu i jiným zákonům, vztahujícím se k volbám. Za přečiny se tam na př. prohlašují delikty, jichž spáchání nemá vůbec žádného významu (škrtání ve volebních lístcích); také kategorisování trestných činů tam uvedených není promyšleno. A takových míst dalo by se v ústavě naší najíti více.

Zpracování látky není u spisovatele všude stejně podrobné. Že se některých věcí dotýká jen všeobecněji, to vysvětluje v úvodě tím, že příslušná zřízení nejsou ještě uvedena v život (na př. zřízení župní), takže nám schází zkušenost.

Vítáme knihu prof. Weyra jako velmi cennou pomůcku informující o naší ústavě. Karel Kadlec.

---

## Národní hospodářství.

**Barnich G.,** Essai de politique positive basée sur l'énergétique sociale de Solvay. (Brusel, str. 410.)

G. Barnich, ředitel Solvayova institutu, pokusil se sestaviti hlavní zásady Solvayovy, uložené ve velmi četných jeho publikacích, v systém positivní politiky. Dlužno předeslati, že Barnichova práce byla skutečně nesnadná, neboť Solvay propagoval své názory neúnavně, v belgickém senátě i tiskem, nehledíme-li ani k tomu, že Solvayova methoda badání se podstatně liší od method většiny moderních národohospodářů a sociologů. Barnichova kniha spadá sice do oboru sociologie, nikoli však výlučně a vzbudí jistě živý zájem i mezi pracovníky národohospodářskými.

Solvay nebyl spokojen s dosavadními methodami. Dle jeho názoru jsou systémy národohospodářské i sociologické přeplněny popisným materiálem a zákonů, jež by měly platnost skutečně objektivní, jest dosud tak málo, že praktické jich použití jest velmi nejisté, což zdiskreditovalo v prvé řadě sociologii. Elle n'avance pas, praví o ní Waxweiler. Platnost většiny zákonů národohospodářských (zejm. pokud se týkají výrobního kapitálu) i sociologických jest odpůrci popírána, ježto nebylo dosud nalezeno hledisko zaručující objektivnost vědeckého postupu v míře co možná nejvyšší.

Solvay sám akceptoval pouze hledisko dané poznatky věd přírodních. K tomuto stanovisku Solvayovy školy nutno poznamenati, že se liší od běžného pojímání sociologie, jak pokud jde o methodu, tak i pokud jde o předmět.

Z druhé části Barnichovy publikace (L'énergétique sociale de Solvay) jasně nám vysvítá úzká ideová spřízněnost se skupinou naturalistickou, propagující t. zv. »l'organicisme« a k níž

náleží De Greef, Holbach, Lilienfeld a též Schäffle. To dlužno konstatovati přes to, že B. se oficielně této skupiny straní a přiznává odpor, vzniklý proti ní (str. 55.). Jest to zejména De Greef, jehož se častěji dovolává. Ve třetím dílu (L'énergétique sociale appliquée) uvádí autor hlavní zásady Solvayovy positivní politiky a předesílá »základní postulát«, z něhož jednotlivé principy vyvozuje (str. 188): Pour atteindre à son but, pour assurer la continuité et la perpétuation de son action dégradatrice, la cellule, réaction chimique vivante, se constitue prèalablement dans son milieu propre, en limitant son champ d'action, sa selforganisation élementaire. Puis, pour mieux assurer sa perpétuation, elle a, en vertu de la loi du groupement progressif, une tendance à accroître sa complexité et donne lieu à l'être pluricellulaire, à l'homme, aux sociétés, à la société. Elle a enfin une tendance à perfectionner conformément à la loi du progrès obligé. De ceci résulte que l'organisme social pose une question de self-organisation, une question de fonctionnement, une question de perfectionnement.

Tímto postulátem jest určen i obsah Solvayova systému, studujícího jednak otázky společenského řádu ve vlastním slova smyslu (obor sociologie), jednak otázky, jež možno shrnouti pod společný název »sociální politiky« a jimiž v převážné většině se zabývá národní hospodářství. Prvé týkají se struktury společenského organismu, druhé týkají se jeho činnosti a jeho zdokonalování. Konečně analysuje Solvayova »positivní politika« podmínky právní organisace mezinárodních styků, zřízení Společnosti národů a Ústavy světové. Akčním hlavním prostředkem jest státní norma, zákon, jehož platnost ovšem jest velmi relativní. Ku řešení sociálních požadavků používá S. poznatků, zjištěných sociologií.

Jeho positivní politika se nestotožňuje se sociologií, ona však ani nestotožňuje sociologii s vědami přírdonímí, zejména — jak by se mohlo zdáti — s biologií. Jeho system jest energetikou, vztahující důsledně všechny principy (na př. Mayerův zákon o zachování energie, Carnotův o přeměňování energie atd.) na jevy společenského života. Jest však jisto, že S., ač se velmi často svými názory blíží Lilienfeldovi, přece zachovává správnou linii mezi psychologií a biologií. Zkoumáme-li na druhé straně poměr jeho politiky ku národnímu hospodářství, vidíme, že jeho system vede ku zdůraznění zásadní příbuznosti zákonů národohospodářských se zákony sociologogickými a to jest mi důvodem, proč jsem přesvědčen o tom, že Solvayova škola a zvláště jeho bruselský ústav brzo se uplatní i v národhospodářské theorii.

Jak jsem již uvedl, vyvozuje Barnich z hořejšího základního postulátu jednotlivé principy, k nimž vede Solvayova koncepce a jež mají tvořiti prvky positivní politické vědy. Zaznamenávám stručně hlavní z nich, pokud souvisí s národním hospodářstvím. Většina spadá do oboru sociální politiky.

Vedoucím principem jest t. zv. »produktivism«, žádající udržení

produkce na posledním niveau (není-li možno ji zvýšiti), co nejdokonalejším využitím fysioenergetických a psychoenergetických schopností průměrného člověka. Národní výrobu nutno organisovati, lépe než dosud ,za vedení Nejvyšší hospodářské rady. K tomu podotýkám, že tento hlavní prinip nebyl ani Solvayem podrobněji propracován, ani Barnichem v jeho knize zrovna šťastně formulován. U nás působí k uskutečnění tohoto cíle Masarykova Akademie Práce s připojenou »Jednotou Přátel M. A. P.« a státní Hospodářská rada.

Korrelátem produktivismu jest princip zvaný »Le principe du Capacitariat«, založený na zmíněném naturalismu Solvayovu. Barnich zkoumá, dosti podrobně, pokud souvisí sociální pokrok s postupem a rozšířením (progression et diffusion) lidského vědění povšechného i odborného a dochází k tomuto závěru:

»La Vie courante d'un peuple réprésente expressément ce qu'est, au moment consideré, son savoir generalisé et par suite l'état de diffusion de son bien-être, c. à. d. ce qu'est son bien-être réel même; et sa Pensée courante représente ce qu'est son savoir spécifié et ainsi ce que ce peuple est dans son état de progression du bien-être, c. à. d. ce qu'il veaut en bien-être potentiel on réel futur« (str. 239). Neustálé zvyšování lidského vzdělání vede dle autora ku tvoření »elity« mezi jednotlivci na výrobě súčastněnými. Takovým »l'homme d'élite« jest, kdo si získá a udrží: tvořivou invenci, úsudek a schopnost k práci. Jest zajímavo, že silně vyvinuté sociální smýšlení Solvayovo nezdá se býti v rozporu s tímto jeho názorem.

Ku zvýšení produkční schopnosti průměrného člověka (l'homme moyen), jenž obyčejně velmi trpí denním bojem o existenci, je nutno dle názoru Solvayova uzákoniti t. zv. »L'égalité au point de départ« (l'égalité à l'entrée dans la vie sociale). O poměru Solvayovu k socialismu zmíním se ještě doleji, zde uvádím jen k vůli zajímavosti, že této rovnosti chce S. dosíci sociální daňovou politikou. Navrhuje totiž kombinaci daně dědické s daní z příjmu: daň z příjmu by byla z počátku ukládána na př. každý druhý rok, dále však pouze každý pátý, potom každý desátý rok, za to daň dědická by pohltila většinu pozůstalosti. Tento daňový system nazval S. »l'impôt successoral réitéré, unique et fin de vie«. Výnos fiskální jest mu ovšem jen sekundárním cílem.

Sociální otázky vyvolávané nezaměstnaností v případě vleklých průmyslových krisí daly Solvayovi podnět k vytýčení další zásady, zvané »Le principe du Chômage Capacitariat«. Ku materielní státní podpoře nutno připojiti fakultativní vyučování mladších nezaměstnanců v oborech, v nichž jest nedostatek pracovních sil, při čemž zařazování by se dálo ve shodě s požadavky a poznatký moderní psychotechniky. Zprostředkování práce nutno organisovati na podkladě mezinárodním, zejména pro práce saisonní.

K důslednému provádění shora uvedeného »produktivismu« nestačí, aby stát liberální obchodní politikou podporoval národní produkci, stát musí býti na většině průmyslových a obchodnch podniků

súčastněn jako podílník, zejména jako akcionář. Participoval by na zisku v poměru svého vkladu, aniž by však zasahoval do obchodního vedení mimo valnou hromadu. Solvay zavrhuje socialisaci ze spodu jako příčící se organickému vývoji a navrhuje »socialisaci svobodnou«.*) Stát by přijímal peníze (vydávaje za ně dluhopisy zúročitelné přibližně stejně jako státní renty) a ukládal by je do starých i nových podniků zakoupením akcií, asi dle vzoru anglických »trustees«. Solvay doufá, že bylo by možno vyhnouti se účasti na spekulačním zakládání při vhodné kontrole a risiko by se zmenšilo právě účastí státu na většině podniků. Proto vypracoval i dosti podrobný návrh na zřízení »Caisse Générale dite de libre socialisation«, jejíž národohospodářský význam by nebyl prý menší významu cedulové banky. Předpokladem celé akce byla by ovšem rigorosní revise zákonů o obchodních společnostech, bránící spekulačnímu zakládání obchodních společností na škodu neinformované veřejnosti. Zakladatelé byli by zavázáni podržeti své podíly několik let, t. zv. apports bylo by dovoleno platiti teprve po zajištění přiměřené dividendy atd.

Pokud jde o obchodní politiku jest Solvayova škola přirozeně zásadním přívržencem a obhájcem volného obchodu a liberální smluvní politiky. Ochranářství jest Solvayovi politikou reakcionářskou a proto antiproduktivistickou. Barnich žádá za účelem uvolnění směny dokonce zmezinárodnění syndikátů hlavních výrobních odvětví.

Otázkami obchodní politiky zabývá se však autor velmi stručně, podobně i distribucí statků, nepodávaje ostatně nic nového. Žádá distribuci dle formule »à chacun selon sa prodictivité sociale utile«, v podstatě úplně totožné se starým socialistickým »à chacun selon son travail«. Jinak kloní se S. ku socialismu Vanderveldovu, přijímaje hlavní zásady jeho díla »Le collectivisme et l'évolution industrielle«. Socialistické smýšlení Solvayovo dochází v hořejších principech výrazu úplně jasného. Jest známo, že právě Vandervelde r. 1903 označil v belgickém »Le Peuple« («Apropos d'une conférence de Jaurès«) Solvaye přímo jako saint-simonistu (un saint-simonien authentique tout en se disant libéral) a možno říci, že se nemýlil!

Není možno zde reagovati na jednotlivé principy Solvayovy, podotýkám jen, že některé z nich — tak jak zatím byly formulovány — blíží se utopiím, na př. jeho système comptabilliste, mající odstraniti peníze zavedením jakéhosi všeobecného odúčtovacho systemu, kdežto jiné z nich byly již v posledních letech v různých státech řešeny, s úspěchem větším či menším. Jest však úkolem Solvayova ústavu, aby uvedl smělé plány svého zakladatele v soulad se skutečností a s vlastní methodou, od níž se S. sám namnoze uchýlil a dále, aby mnohé zdravé myšlenky Solvayovy podrobněji propracoval. Zdá se, že Barnichovo vedení ústavu dává v tomto směru dobrou záruku. I to musíme míti na paměti, posuzujeme-li Barnichovu publikaci. Dr. Antonín Hamann.

*) Bližší v jeho publikaci »La Théorie des échanges et la Notion du productivism social« v Annales de l'Institut des Sciences sociales, Brusel 1900.

## Statistika.

**Krejčí Dobroslav,** Základy statistiky, zvláště zemědělské a družstevní. (Publikace ministerstva zemědělství, roč. I., čís. 4, stran 89, Praha 1920.)

**Beneš Josef,** O statistice a její theorii, o vědách a zájmech, s nimiž souvisí (str. 102, nákladem České jednoty pro vědy pojistné, Praha 1920).

Naše literatura z oboru všeobecné theorie statistické byla až dosud velmi chudá; vedle starší, německy psané Jonákovy theorie statistiky (1885) možno tu jmenovati skoro jen Živanského pojednání o technice rakouského sčítání lidu z 31./12. 1900 v tomto časopise roč. III. V poslední době vyšly však skoro současně dva spisy z oboru tohoto nahoře uvedené. Oba dva pojednávají všeobecně o theorii statistiky, při tom však každý z nich obrací se zvláště k určité skupině zájemníků, an spis Krejčího je, jak se praví v předmluvě, určen především pro naše zemědělce, spisek Benešův pak má na mysli zvláště pojistné techniky. Přes to však, že oba spisy pojednávají o theorii statistiky s hlediska všeobecného, liší se přece jen velmi značně svým obsahem, takže si oba spisy nekonkurují, nýbrž se do jisté míry vzájemně doplňují.

Profésor Krejčí pojednává ve svém spise zvláště — když byl dříve promluvil stručně o podstatě a rozdělení statistiky, jakož i o její historii — o technice statistické. Uvádí tu nejdříve podmínky dobrého statistického sčítání (theoretický základ jeho), dále pojednává o tom, jak se dobré sčítání statistické provádí (čili o methodě sčítání statistického), jak dlužno sestavovati výsledky sčítání (čili o methodách technického spracování statistického materiálu), načež přikročuje k rozboru čili analysi výsledků sčítání (vědeckému jich spracování). Konečně promlouvá ještě zvláště o pouhém odhadu statistickém a statistické anketě. Zde všude uložil Dr. Krejčí výsledky bohatých zkušeností, kterých byl získal ve svém dlouholetém postavení jako vedoucí úředník naší dříve jediné větší statistické instituce, totiž Zemské statistické kanceláře království Českého. Odtud plyne i velká cena, kterou vývody a rady Krejčího mají — jak dobře poznamenal Dr. Auerhan ve svém referátu v moravském Časopisu pro vědy právní a státní — nejen pro kruhy zemědělské, nýbrž i pro všechny výkonné úředníky statistické a i pro její zájemníky vůbec.

Vývody věnované na počátku vymezení statistiky, jejímu postavení v rámci věd a její methodě jsou, jak již řečeno, poměrně stručné. To je jen přirozené jak vzhledem k účelu knihy — jdeť v knize hlavně o popularisaci statistiky — jakož i vzhledem k vrstvám, pro něž určena — dle slov Krejčových jsou to především rolníci, podle našeho i Auerhahnova mínění též výkonní úředníci statističtí; pro ně by složité výklady methodické byly arci příliš těžkými. Omezuje se tedy Dr. Krejčí v podstatě na poměrně stručnou definici

a rozdělení statistiky. Statistiku definuje tu — ve shodě s názory panujícími hlavně v Německu (G. v. Mayr, Conrad a pod.) — jako onu část věd společenských, která soustavným, cílevědomým, číselným pozorováním společenských zjevů hromadných... snaží se pronikati k poznání pravé podstaty zjevů těch i jejich příčin a následků. Patří tedy dle toho statistika k vědám společenským čili sociálním, liší se však od druhých věd způsobem, jakým ona společenské zjevy pozoruje, t. j. svou zvláštní methodou (statistickou) záležející v soustavném pozorování jakýchkoli zjevů hromadných, jež se dají vyjádřiti čísly. K tomu je arci potřebí též mathematiky, leč podle Dr. Krejčího stačí tu z pravidla úplně nejprostší, každému běžné výkony početní. Vyšší matematiky ku správnému rozboru vědecko-statistickému není potřebí; používání její, jak praví Krejčí, může sice někdy vydatně utvrditi víru ve správnost vývodů obecné statistiky nebo dáti cenné podněty pro směr dalších jejích zkoumání, ale nezřídka může také zbytečně buditi zdání přísné exaktnosti o výsledcích, které mají vždy jen relativní platnost. Pouze v některých zvláštních oborech, zejména v pojišťovatelství, je mathematická statistika dle K. nepostrádatelna.

Spis doc. Beneše nepojednává o otázkách statistické techniky skoro vůbec — máť za to že sebe cennější praktické informace, které se dosud v německých statistikách rozvinovaly pode jménem theoretické statistiky, do theorie statistiky skoro ani nepatří, — nýbrž převážně o problémech statistické methody. Vymezuje nejprve pojem statistiky a její povšechný ráz, pojednává pak o oborech, ve kterých se statistické methody upotřebuje a obírá se pak podrobně jednotlivými druhy a stránkami statistického zjištění: tříděním souborů, středy statistických řad, druhy třídění, intensitními čísly statistickými, vztahy mezi statistickými řadami: associace, korrelace a disperse (při níž srovnávají se výsledky pozorování s výsledky dedukce dle počtu pravděpodobnosti), jakož i rozklady souborů v dílčí. Na základě těchto vývodů snaží se pak vytýčiti úkol statistické methody a její poměr k různým oborům vědním. Pojednává pak ještě zvláště o významu statistiky v pojišťování a připojuje úvahy o dějinách a literatuře statistiky. Jak vidíme z tohoto výčtu, jsou problémy, kterými se zabývá Beneš, z největší části zcela jiné než problémy, o nichž jedná kniha Krejčího, i doplňují se tedy oba spisy do velké míry skutečně. Spis Benešův liší se také svým slohem a způsobem podání; není psán tak přístupným slohem, tak populárně jako spis Krejčího (ovšem popularisace není jeho účelem), nýbrž četba jeho je dosti obtížná i pro odborníky statistické, ani ne tak pro mathematické vzorce tu a tam vsunuté jako spíše pro četné nezvyklé termíny, jež Beneš nově zavádí (na př. zjevy ličné = čísly vyjádřené, kvantitativní a neličné, ty zase jsou dvojné a množné, četnost měn místo počet, i statistiku by nazval B. četnictvím, kdyby tomu nebránil předsudek a j.; některé z názvů těch na př. štítek = sčítací lístek jsou ostatně způsobily se vžít), pro složité vazby i konečně pro četné odchylky, které s věcí často jen málo souvisejí. Auktor se v předmluvě sám

omlouvá, že mluví někde více pod čarou než nad ní a že je místy subjektivní a starosvětský. Ale překonáme-li tyto obtíže, shledáme, že spisek je zajímavý a že auktor o všech jednotlivých problémech má svůj původní, vlastním přemýšlením získaný úsudek. Od Krejčího liší se Beneš konečně též svým odlišným pojetím statistiky a významu matematiky pro ni, přidržuje se v té příčině pojetí rozšířeného zvláště v Anglii a polemisuje na četných místech s Mayrem a jeho žáky. Statistika je dle Beneše toliko zvláštní cesta (methoda), na níž se odlišují, zjišťují a ve své souvislosti posuzují stavy a jevy dle četností, s jakými se vyskytují znaky u prvých a měny znaků u druhých. Není mu tedy statistika zvláštní vědou; ona naprosto nemůže býti vědou toho všeho, co bylo, jest nebo bude zmáháno methodou statistickou. Bylo by to asi tak, jako bychom tvrdili, že tvoří logiku a methematiku všechny obory, v nichž se užívá těchto věd. Pro tuto methodu statistickou má pak zvláštní důležitost theorie pravděpodobnosti (nebo jak Beneš praví, věrojatnosti); třeba tedy pro statistika jisté přípravy mathematické nebo třeba tu aspoň jisté dělby práce.

Mám-li v tomto sporu vysloviti své mínění, tedy v otázce prvé jsem úplně na straně Benešově (a v tom smyslu, také od počátku statistiku na universitě přednáším). Statistika dle mého náhledu nemůže býti samostatnou vědou (hlavní), neboť nemá komplexu předmětů, který by byl jen jí vlastní. Statistika má arci zvláštní methodu bádání. Ale jak již Rümelin správně řekl, »vědy nedělíme dle logických způsobů bádání, nýbrž dle věcné různosti předmětů«. Může tedy statistika býti toliko vědou pomocnou, vědou, jejíž pomoci používají nejrůznější vědy. A sice třeba této methody všude tam, kde jde o zjevy netypické, t. j. takové, které se v každém jednotlivém případě vyvíjejí pod převážným vlivem individuelních podmínek utvářejících se vždy jinak (sem patří vedle jiných zvláště též zjevy společenské). V každém jednotlivém případě mohou působit náhodné příčiny. Ale při velkém počtu případů se tyto náhodné příčiny vyrovnávají a objevuje se působení příčin základních — chceme-li tedy tyto najít, musíme pozorovat velký počet případů (methoda statistická). Jelikož je tu velký komplex příčin, není tu arci mezi jednou z těchto podmínek a zjevem samým poměr nutnosti, nýbrž toliko pravděpodobnosti (v tom smyslu arci zákony příslušné nejsou exaktní). Odtud velký význam, který má pro statistickou methodu mathematická theorie pravděpodobnosti. Souhlasím arci s Dr. Krejčím v tom, že pro obyčejné operace statistické a pro porozumění jim není třeba zvláštních vědomostí mathematických, nýbrž že tu stačí obyčejné úkony mathematické; souhlasím také s tím, že statistikové mathematičtí používají často vyšší mathematiky i tam, kde by jí třeba nebylo, nebo že docházejí k závěrům mathematicky sice správným, avšak logicky vadným (jak ukazuje i Beneš). Přes to však mám za to, že pro vedoucí úředníky statistické je nejvýš prospěšno znáti aspoň základy počtu pravděpodobnostního a jednotlivých method (disperse, korrelace), jimiž naše

usuzování ve všech oborech odkázaných po stránce induktivní hlavně na methodu statistickou (a sem patří především i vědy společenské) může dosíci mnohem větší přesnosti (nebo snad exaktnosti, ale v jiném smyslu než nahoře, t. j. ve smyslu měřitelnosti). Mdh.

Československý statistický věstník, roč. I., 1920 (str. 336) a roč. II., 1921 (str. 380).

Tento první náš časopis statistický je také dítkem naší samostatnosti. A sice dítkem přišlým do jisté míry předčasně (před sňatkem rodičů) na svět, neboť prvé číslo jeho vyšlo již v listopadu 1919, kdežto k ustavení Statistické rady státní a k řádnému ustavení a zahájení řádné činnosti Státního úřadu statistického došlo až na jaře 1920. Ale přes to ukázalo se toto novorozeně ku podivu života schopným. Dosud vyšlé dva ročníky obsahují takové množství bohaté látky, že možno se až diviti vzhledem k tomu, že jde zde o půdu u nás dosud nezpracovanou. Nemůže být tedy úkolem těchto řádků — vzhledem k bohatství látky a nedostatku místa — podati zevrubné zhodnocení všech článků, nýbrž možno je jen registrovat.

Nacházíme tu články ze všech oborů. Především arci články týkající se působnosti státního úřadu statistického samého, jeho organisace (Hanosek: U kolébky československé statistiky), jeho kompetence (Weyr: Několik slov o kompetenci československého Státního úřadu statistického) a jeho rozpočtu (Kollar: Rozpočet Státního úřadu statistického). Dějiny starši statistiky správní v Čechách od nejstarší doby až po vznik státního úřadu statistického z péra prof. Dra Dob. Krejčího se tu velmi vhodně připojují.

Ze všeobecné methodologie statistické možno tu jmenovati: Láska:Vybrané kapitoly z matematické statistiky. Takovéhoto úvodu do principů mathematické statistiky bylo dle mého náhledu velmi zapotřebí — neboť k úplnému porozumění statistické methody je dle mého náhledu jisté znalosti těchto principů velmi potřebí — sluší jen litovat, že se tak nestalo formou ještě přístupnější, zvláštních vědomostí mathematických u čtenáře nepředpokládajících.

Z jednotlivých oddílů statistických v popředí zájmu (statistického) stála ovšem statistika populační, a tu přirozeně největší počet článků vztahoval se k novému sčítání lidu, které jsme měli tentokráte poprvé provésti sami. Patří sem zvláště řada článků Dra Boháče: »Příští sčítání lidu« jakož i článek jeho »První všeobecné sčítání lidu v Československé republice«; patř sem též články Dr. Cyrila Horáčka ml.: »Národnostní statistika«, Dr. Boháče »Národnost či jazyk?«, Dr. D. Krejčího: »Má se při našem příštím sčítání lidu zjišťovati národnost nebo řeč mateřská?«. »O předběžném sčítání lidu na Slovensku r. 1919« píše Dr. Mráz; týž ve zvláštním článku »Dva důkazy o falešnosti maďarských dat o řeči mateřské na základě dat o znalosti řeči« dokazuje na základě počtu pravděpodobnostního nesprávnost starších maďarských dat o národnosti obyvatelstva Slovenska (před tím byl již populační sta-

tistiku Slovenska podrobně zpracoval ve spisku vydaném revuí »Nové Čechy« pod názvem »Slovensko ve světle statistiky«). O populaci Těšínska jakož i Oravy a Spiše jednají dva (vzhledem k chystanému tehdy plebiscitu nejvýš aktuelní) články z péra Dr. Boháče a Mráze. Celkový počet všech Čechoslováků (ve smyslu národnostním) odhaduje na 11 mil. Dr. Auerhan ve článku: Kolik je Čechoslováků?

Z problémů hospodářských v popředí zájmu stály otázky pozemkové reformy, otázky cenové a valutní, jakož i otázky sociální. K pozemkové reformě vztahují se dva články, přinášející pro ni nový důležitý statistický materiál, Dr. Auerhana: Vliv velikosti zemědělských závodů na osev nejdůležitějších hospodářských plodin, Dr. Smutného: Kolik asi je v Čechách, na Moravě a ve Slezsku zabrané půdy? Zemědělské statistiky nepřímo týkají se též článek Dr. Mráze: Mezinárodní ústav zemědělský v Římě a Dr. Dědiny: Přirozené krajiny jako základ členění zemědělské statistiky (žádající revisi »přirozených krajin«, aby vyhovovaly více rozdílům hospodářství polního, nikoli lesního). Statistiky cenové týkají se články Dr. Ryby, Statistika cen maloobchodních (v drobném), převážně též články Dr. Hanoska, Hospodářská zpravodajská stanice a Švýcarský index cen velkoobchodních a můj článek Ke statistice cenových indexů. Jinak z oboru statistiky valutní a finanční Věstník zvláštních článků nepřináší; tu však třeba uvážiti, že ministerstvo financí vydává svůj zvláštní Věstník, v němž bývají právě články uvedeného druhu uveřejňovány. Statistiky sociální týkají se články Dr. Hanoska: Dělnické mzdy v kovodělném a chemickém průmyslu v letech 1914 až 1919 přinášející prozatím jen tabulky o mzdách v průmyslech nahoře uvedených a Dr. Reifa: Hornické stávky v Čechách, na Moravě a ve Slezsku za léta 1918 a 1919, jakož i statistika sprostředkování práce za první čtvrtletí 1921. Konečně dlužno se zmíniti o článcích Dra Štěpána: Zahraniční obchod republiky československé za první pololetí 1919 a dále za druhé pololetí 1919, v nichž zpracována statistika zahraničního obchodu prozatím jen na základě vývozních a dovozních povolení.

Do oboru statistiky politické patří pojednání Dr. Náhlovského »Všeobecné volby do obcí dne 15. června 1919«, do oboru statistiky morální článek »Prostituce a její hygiena«, v němž Dr. Hanosek zpracoval jednak výsledky zvláštního dotazníkového šetření (jež zůstalo arci dosti neúplné), jednak data čerpaná ze záznamů dermatologických klinik obou universit pražských za léta 1910 až 1919.

Jak vidíme, není skoro oboru, jenž by ve Věstníku nebyl zastoupen. Při tom čilé redakci Věstníku podařilo se získati zvláště i o všech aktuálních otázkách cenné příspěvky, takže lze říci, že Statistický věstník stojí nejen po stránce vědecké na výši doby, nýbrž ukázal se také nepostrádatelným pomocníkem politiky a správy. Lze vysloviti toliko přání, aby se Věstník na této výši i nadále udržel. Mdh.

# ZPRÁVY.

Na jaře r. 1920 ustavila se v Bělehradě **»Jednota ruských učenců v království Srbů, Chorvatů a Slovinců«**. Sdružení čítá nyní přes 100 členů a má dvě pobočky, jednu v Záhřebě (s prof. **S. P. Timošenkem** v čele), druhou v Lublani (kde stojí v čele prof. **N. M. Bubnov**). Předsedou Jednoty je prof. **J. V. Spektorskij**, náměstkem jeho prof. **F. V. Taranovskij**, tajemníkem prof. **A. N. Čelincev**, pokladníkem prof. **V. V. Farmakovskij**, ostatními členy výboru prof. **Ant. D. Bilimovič** a **V. I. Těrebinskij**, náhradníky prof. **V. N. Sirotinin** a **A. I. Stěbut**. Jednota pořádá vědecké schůze a veřejné přednášky, připravuje mladé ruské učence k profesuře, pomáhá ruským studujícím ke vstupu do vyšších srbských škol, prostředkuje při žádostech za udělení jim stipendií od vlády a kontroluje jejich studium. Pro nedostatek prostředků Jednota nemůže vydávati svého vědeckého časopisu, ačkoli látka k tomu je již pohotově. Členové sdružení jsou většinou učiteli vyšších škol hostícího je státu. Na pouhé bělehradské universitě je 35 ruských profesorů a docentů. Přednáší se srbsky, chorvatsky (v Záhřebě) i slovinsky (v Lublani).

---

O dnech 10.—17. října 1921 konal se v Praze prvý sjezd ruských učenců, nucených vystěhovati se z Ruska. Kromě ruských učenců nalézajících se v Praze účastnili se prací sjezdu delegáti z království Srbů, Chorvatů a Slovinců, z Bulharska, Cařihradu, Paříže, Berlína, Londýna, Varšavy, Rigy a Estonska. Členy presidia sjezdu byli A. S. Lomšakov (předseda), A. N. Ancyferov, V. N. Sirotinin, N. V. Jastrebov (náměstkové), V. I. Isajev a A. L. Bem (sekretáři). Úkoly sjezdu byly: vzájemná informace o postavení ruských učenců a studentů jak za hranicí, tak i v sovětském Rusku, vzájemná pomoc při pokračování ve vědecké práci za okolností emigrantského života, napomáhánj ruské vystěhovalecké mládeži k dosažení vyššího i středního vzdělání, příprava mladých ruských učenců, organisace užších duševních styků s přáteli Ruska a především se slovanskými národy. Na sjezd přijeli z Jugoslavie: Ant. Bilimovič, Al. Bilimovič, Dobroklonskij, Farmakovskij, Jasinskij, Lokoť, Sirotinin, Spektorskij; z londýnské akadem. skupiny: Korenčevskij a Isajev; z pařížské: Ancyferov, Gronskij, Mogiljanskij, Ključnikov, Metal'nikov a Kepinov; z Bulharska Trubeckoj; z Berlína Kaminka a Novgorodcev; z Cařihradu Glazunov; z Varšavy Bem; z Rigy Vergun; z estonské a finské skupiny Poppen. Sjezdu se účastnili také Struve, Ščerbina, Aničkov, Žiljajev, Vasiljev, Členy organ. komitétu byli: Lomšakov, Francev, Jastrebov, Glazunov a Varenov.

* *
*

**Vydavatelská činnost** S. Č. P. »Všehrd« zasluhuje právem pozornosti. V knihovně »Všehrdu« vyšla již řada četných spisů z oboru věd právních a státních, jako: posmrtné vydání Riegrových »Říšských dějin rakouských«, pořízené prof. drem Kadlcem (1912, II. vyd.); prof. dra C. Horáčka »Učebnice národohosp. politiky« (I. díl 1912, II. 1914); prof. dra Hobzy »Právem mezinárodním k právu světovému« (1913) a »Právo mezinárodní I.« (1915), II. (1919); prof. dra V. Hory »Odvolání podle práva rakouského« (1915); prof. dra K. Kadlce »Dějiny veřejného práva ve stř. Evropě« (1920, I. vyd.); prof. dra Prušáka »Rakouské právo trestní«, díl všeob. (1912) a »Československé řízení trestní« (1921); prof. dra Grubera »Obchodní politika« (1920); Elgartův překlad Lisztova »Práva mezinárodního« (1906) a »Památník« Všehrdu, sborník vydaný k padesátému jubileu spolku. Také »Sbírka československých zákonů«, vydávaných ve vhodném příručním formátu byla právnickou veřejností přijata s povděkem. Vyšla zde »Ústava republiky československé«, k níž úvod napsal prof. dr. Hoetzel.

Spolek vydal dále vlastním nákladem celou řadu litografovaných přednášek universitních, z nichž tou dobou má na skladě: prof. dra Hermana »Smlouvu nákladní«, »O obchodech«, »Právo směnečné«; prof. dra Heyrovského »Civilní proces římský«; prof. dra Hoetzla »Řízení správní«; prof. dra Grubera »Národohospodářskou politiku«, »Zemědělskou politiku«, »Sociální politiku«, »Úvod do národohospodářsk theorie«, »Nauku o důchodu a spotřebě«, »Hospodářskou organisaci úvěru«, »Některé novější theorie peněžní«; prof. dra Hory »Rukověť k přednáškám o civ. právu procesním« I.—III., »Řízení nesporné«, »Exekuci na movitosti«, »Exekuci na nemovitosti«; prof. dra Krčmáře »Právo dědické«, »Právo rodinné«, »Právo zástavní«, »Právo knihovní«, »Držení«, »Obligace« (část všeob. a zvlášt.); prof. dra Miřičky »Trestní právo hmotné« (část všeob. a zvlášt.) a »Trestní řízení«; prof. dra Stiebra »Něm. právo soukromé« a »Dějiny veřej. práva ve stř. Evropě« I. část; prof. dra Svobody »Věcná práva užívací«; prof. dra Vančury »Pandekty«.

Společně s jinou korporací vydal Všehrd též prof. dr. Vavřínka »Základy práva ústavního« IV. vyd. (I. díl 1920; II. 1921).

Novinkou je připravované nové vydání díla prof. dra K. Kadlce »Dějiny veřejného práva ve stř. Evropě«. První vydání knihy bylo v době necelého jednoho roku rozebráno. Druhé vydání, které vyjde v nejbližších dnech, bude značně rozšířené a přepracované. V části úvodní pojednává se totiž o základních otázkách státního zřízení (§ 1.), načež podán (v § 2.) ráz vývoje evropských států ve středověku a novověku a dále pak karakterisován státní vývoj ve střední Evropě (§ 3.). Ke konci knihy rozšířena část věnovaná bývalé habsburské monarchii v l. 1860—1918. K dílu je připojena bibliografie, v níž jsou uvedeny hlavní spisy, zabývající se ústavním právem všech probíraných států. Kniha má být nejen učebnicí pro universitní posluchače, nýbrž i informační pomůckou pro širší kruhy.

*Dr. M. Stieber:*

# Vývoj a právní povaha vlastníkovy hypoteky.

## IV.

## Vlastníkova hypoteka rakouská.

### § 8. Literární přípravy.

Povahu zápisů v českých zemských deskách vyjadřovaly české deklaratorie a novely, ustanovujíce, že vše, co bylo do knih zapsáno, zase jen zápisem může býti vymazáno.[1]) Toliko pro testament a darování na případ smrti připouštěla se výjimka. Mimodesková kvitance musila míti doložku, že dlužník může ji sám do desk vtěliti a tolik dlužní sumy odepsati dáti, kolik bylo kvitováno. O kvitanci bez této doložky vyslechla dříve dvorská kancelář nebo čeští místodržící kvitujícího a pak teprve učinili k deskám relaci.[2]) Codex Theresianus s jakousi změnou tento předpis převzal[3]) a Hortenův návrh jej podržel.[4]) Na tomto zá-

[1]) Decl. u. Nov. Ee. XIV: Gestalt wir dann hingegen geordnet haben wollen, dass was mit der Landtaffel verschrieben und aufgerichtet, auch nicht anders als mit der Landtaffel wiederum auffgehebt, quittirt und kassirt werden soll...

[2]) Ee XV. Viz též Haan, Studien über Landtafelwesen, Wien, 1866, 11.

[3]) Philipp Harras R. v. Harrasowsky, Codex Theresianus, III. Caput VI., § XV, 159: Gleiwie eine Hypothek nicht anderst, als durch die wirkliche Einverleibung der Pfandverschreibung in die Landtafel, Stadt- oder Grundbücher bestellet wird, also kann dieselbe auch nur durch die daraus bewirkende Auslöschung getilget und aufgelöset werden, wofern solche nicht auf eine gewisse Zeit beschränket worden wäre, als mit deren Verlauf sie auch von selbsten erlöschet. Viz dále č. 161 tamže a pak cap. XXIV, § XI, 161: Alle beschriebene Tilgungsarten heben die unvorgemerkten Schulden und Forderungen ohneweiters für sich selbst auf; dahingegen landtäflich, stadt- oder grundbücherlich vorgemerkte Haftungen und Verbindungen nicht anders, als

kladě zůstal i zákonník západohaličský, maje již v § 149 II. díl závěreční větu: »Ein Hypothekargut bleibt solange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist.« Redaktoři občanského zákoníka trvali sice na romanistickém stanovisku,[5]) ale mínění jejich nenašlo v § 469 o. z. o. rozhodného výrazu, jak závěrečná věta jeho ukazuje. Basis dřívějšího tabulárního práva došla ještě většího upevnění, když při poradě dne 14. prosince 1807 vsunuty byly § 1443 o kompensaci při zapsané pohledávce a § 1446, že zapsané právo ne konfusí, ale jen výmazem zaniká.[6]) Takovýto stav zákonodárství dal, jak přirozeno, podnět k různému výkladu. Prakse disponovala uvolněnými zástavními právy a teorie to oduvodňovala. Podává o tom svědectví i dv. dekret ze dne 22. dubna 1825 č. 2090 sb. z. s., který zapověděl, aby zapisována byla cesse prominute pohledávky, třeba by prominutí stalo se ve formě darovací listiny.

Tekstování občanského zákoníka (§§ 469, 1446) zavdávalo příčinu ku mnohému sporu. Trojí mínění se celkem vyskytlo. Jedni připouštěli při § 449 o. z. o. beze všeho obmezení proti novému nabyvateli zapsané pohledávky námitku, že pohledávka je již zaplacena. Druzí chránili důvěru osoby třetí ve veřejné knihy. Důvěrou touto zaniklá pohledávka obživne. Třetí kladli důraz

---

durch die Auslöschung aus der Landtafel, Stadt- oder Grundbüchern getilget werden können. 163: Die Auslöschung einer landtäflichen, stadt- oder grundbücherlichen Haftung geschieht auf dreierlei Art, entweder durch einen wider die Verschreibung in der zu Recht ausgesetzten Zeit eingebrachten Widerspruch und hierauf erfolgtes richterliches Urtheil, wodurch dieselbe fur vernichtet erkennet wird, oder durch Einverleibung derjenigen Urkunde, wodurch die erstere Verbindlichkeit aufgelöset und getilget wird, oder endlich durch die Quittung 176: Landtäfliche, stadt- u. grundbücherliche Quittungen aber wirken noch in sonderheit die Aufhebung und Auflösung der lantäflichen, stadt- oder grundbücherliche Haftung für denjenigen Betrag der Schuld, worüber sie ausgestellet werden.

[4]) L. c. IV, 25. Cap., § 120—124.

[5]) Dr. Adolf Exner, Das Publizitätsprinzip. Wien, 1870 24. Viz též Dr. Julius Ofner, Der Urentwurf, I, Wien 1889, 298. Místo slov »Zur Aufhebung des Hypothekarrechtes« v § 249 prvotního navrhu (západohaličského zákonníka) jest lépe říci »Zur Aufhebung der Hypothek«, poněvadž vyrovnáním dluhu právo povždy pomijí. Správně věc charakterisuje Krasnopolski, Gr. Z. 8, 522 a násl. v článku »Zur Lehre von der Prioritätsabtretung nach österr. Recht.

[6]) Ofner, II, 448.

na knihovní zápis. Vyjadřuje existentní právo, pokud se nevymaže.

Mínění první zastával Kruparz.[7]) Předpis §u 469 o. z. o. je pouze formálního rázu. Na ruční zástavě není znáti, že je zastavena. Na hypotece je to však zřejmo z knihovního zápisu. Proto se nařizuje, aby dlužní list z pozemkových knih byl vymazán. Zákon nepraví, že dluh může se ještě jednou žádati, nýbrž pouze, že hypoteka se neodstranila. Důvěra ve veřejné knihy týká se jen priority pohledávky a dále její dobytnosti, která plyne z priority. O pohledávce samé musí platiti §§ 1395 a 1396 pro cessi a §§ 317 a 318 jos. s. ř. pro exekuční odevzdání. Potvrzuje to i § 928 o. z. o., právě, že dluhy a nedoplatky musí se vždy zastoupiti. Kruparz kloní se tedy z §§ 1395 a 1396 o. z. o. k názoru, že držitel hypoteky může prenotantovi, cedentovi a exekventovi zapravené pohledávky vůbec všechno to namítati, co mu z námitek proti prvnímu věřiteli příslušelo, jedině kompensaci nikoli, poněvadž to § 1443 o. z. o. výslovně zapovídá. Poněvadž však věc mezi vědci, soudci a právními zástupci je sporna, mělo by to od zákonodárce prohlášeno býti. K náhledu Kruparzovu připojil se výslovně Gspan.[8]) Věta § 469 o. z. o., že zástavní právo zapravením pohledávky zaniká, má obecnou platnost. Jeho pozdější věta neobsahuje z ní pražádné výjimky. Zůstává-li statek až do té doby zavazen, pokud se dlužní list z knih nevymaže, praví Pivetz, musí se to považovati za formální předpis. Zaplacená pohledávka nemusí se znovu proto platiti, že formálně v knihách ještě trvá.[9]) To je také mínění Lekischovo. Zásada §u 469 o. z. o., že zapravením dluhu právo zástavní zaniká, platí všeobecně i pro ruční zástavu, i pro hypoteku.[10]) Cessionář nabývá pouze práv cedentových, prohlašuje k této věci Sturm.[11]) Právo převodcovo i nabyvatelovo je stejné. Smlou-

---

[7]) Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit u. politische Gesetzkunde (ZRG), 1826./2., 267 a násl. Franz Kruparz, Ueber den § 469 des allg. bürgerl. Gesetzbuches.

[8]) Peter Erasmus Gspan, Abhandlung über die gesetzmässige Befriedigung concurrirender Gläubiger, 1, Grätz, 1837.

[9]) Archiv für Civil-Justizpfege, 1837, 353, Franz Pivetz, Civil-Rechtsfall.

[10]) ZRG, 1844/1, 157 a násl. Dr. Anton Lekisch, Ueber die Haftung einer Hypothek nach getilgter Schuld.

[11]) Gerichts-Zeitung (GZ), 1855, č. 52, 53, Dr. Eduard Sturm,

vou postupní vzniká pouze poměr mezi cedentem a cessionářem, nikoli nová pohledávka mezi cessionářem a cessem. Ústav knih pozemkových, jak míní Swoboda,[12]) slouží jen k evidenci věcného práva. Genesis jeho leží mimo ně, neskýtá žádného práva. Nemůže svou právně policejní povahou právo, které zaniklo, více z mrtvých probuditi. Zaniklo-li právo zaplacením, stačí k důkazu toho pouhá kvitance. I podle § 14 deskového patentu ze dne 22. dubna 1794 č. 171 sb. z. s. není potřebí pro kvitanci »clausula intabulandi.«

V čele skupiny druhé stojí sám spoluredaktor občanského zákonníka Zeiller.[13]) Vyrovnáním pohledávky a konfusí zástavní právo zaniká, ale poctivý nabyvatel chrání se ve své důvěře ve veřejné knihy. Stejného mínění je i Scheidlein.[14]) O právech, ve veřejných knihách zapsaných, musí se míti za to, že trvají tak dlouho, pokud se z těchto knih nevymažou. Pro třetího, kdo v důvěře v knihy veřejné jedná, trvá hypoteka potud, pokud není vymazána, praví i Winiwarter.[15]) Dluh, pro který byla zřízena, obživne. Zástavní právo začne zase účinkovati.[16]) Pokud trvá konfuse, nemůže se sice právo vykonávati, ale stane se tak, jakmile věc nebo právo na jinou osobu se převede.[17]) Po zaplacení pohledávky trvá hypoteka formálně (der Form nach), nejsouc vymazána, dále a může témuž nebo jinému věřiteli pro jinou pohledávku býti poskytnuta. Potvrzuje to analogie § 526 o. z. o., kterého se také § 1446 o. z. o. dovolává.[18]) Zadní věřitelé nemohou se tím cítiti dotčeni. Vztahujeť se jejich právo jen tak daleko, co přebývá přes právo dřívější. Zklamou se sice ve své naději, nemohou-li postoupiti do předu, ale z té př

---

Ob dem Cessionar einer getilgten Hypothekar-Forderung die an den Cedenten geleistete Zahlung von dem Schuldner giltig eingewendet werden könne?

[12]) Der Jurist, 1845, 262 a násl. Dr. Johann Swoboda, Ueber die Erfordernisse löschungsfähiger Urkunden.

[13]) Franz Edler v. Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerl. Gesetzbuch, II, Wien u. Triest, 1842, § 469, IV, 1813, § 144

[14]) Georg Scheidlein, Handbuch des österreichischen Privatrechts, Wien u. Triest, 1814, §§ 469, 1446.

[15]) Joseph Winiwarter, Das österr. bürgerl. Recht, system. dargestellt u. erläutert, 2, Wien, 1832, 264.

[16]) Týž, II. vydání, 2, Wien, 1839, 282.

[17]) L. c. 5, 1838, 120.

[18]) L. c. 2, (1832) 263; (1839) 289.

činy to není ještě nespravedlivo. Byli by si to musili dáti také líbiti, kdyby pohledávka, místo aby byla zaplacena, na jiného věřitele cessí byla přešla.[19]) Pro princip publicity vyslovuje se též Kopezky. Z něho plyne, že hypoteka, která vyrovnáním dluhu zaniká, vůči třetím osobám jako samostatné právo se považuje. Je to fikce, které zákon musil užíti, aby chránil důvěru ve veřejné knihy. Právo hypotekární musí se zde považovati za právo samostatné. Je působno ze své vlastní síly, ačkoli ve skutečnosti není zde více ani žádné pohledávky. Je však samostatno jen vůči osobám třetím. Poněvadž pak věcné právo hypoteční vždy nějaké osobní právo předpokládá a jen potud jako existentní může býti myšleno, pokud je zde nějaké pohledávky, plyne z toho nutně, že se hypoteka ve svých vlastnostech, ve svém objemu a svých právních účincích řídí podle osobního práva, které je jejím základem a které je v pozemkových knihách zapsáno. I třeba míti za to, že pohledávka existuje, třebas byla zaplacena.[20]) Kopezky káře praksi, že nevymazanou hypoteku, ač pohledávka byla vyrovnána, témuž nebo jinému věřiteli pro jinou pohledávku postupuje.[21]) Případ tento nerovná se zástavě ruční. Dají-li se někomu zápůjčkou do zástavy kapesní hodinky, a zaplatí-li se pak zápůjčka, mohou hodinky i dále za jinou zápůjčku v zástavě býti ponechány. Zástavní právo tu sice zaniklo, ale úmluva povstala znovu a není potřebí nového odevzdání věci. Při knihách pozemkových, zanikne-li pohledávka, musí se staré právo zástavní vymazati a nové zapsati. Na staré místo, nesvolí-li zadní věřitelé, nelze zapsati právo nové. Při postupu takovémto zaměňuje se pořad, místo, locus s hypotekou. Pořad a místo nevymazané hypoteky lze postoupiti, ale rakouské právo nemá o tom ještě žádných předpisů, jako pruský LR v § 52 svého dodatku.[22])

Wildner srovnává hypoteční právo s ruční zástavou. I cizí věci nabývá poctivý zástavní věřitel (§ 456 o. z. o.). Stejně se to má, zapraví-li hypoteční dlužník svůj dluh, nevymazav z veřejných knih dlužního listu. Držitel hypoteky svěřuje tím dřívěj-

---

[19]) L. c. 2 (1832), 263.

[20]) ZRG, 1835/I, 287 a násl. Franz Johann Kopezky, Ob und inwiefern das Hypothekarrecht nach dem § 469 des österr. b. G. B. als ein selbständiges dingliches Recht anzusehen und zu behandeln sey?

[21]) ZRG, 1834/2, 24 a násl.

[22]) ZRG, 1835/I, 306 a násl.

šímu hypotekárnímu věřiteli zástavní právo a musí si dáti líbiti, nabude-li ho kdosi třetí v důvěře ve veřejné knihy. Hypotekární věřitel nemůže ovšem zástavní právo, které vůči němu zaniklo, na jiného převáděti, ale může pro poctivou osobu třetí vytvořiti nové právo zástavní (§§ 367, 456 a 469 o. z. o.). Positivní předpis zákona, chráně právní obchod a důvěru ve veřejné knihy, předpokládá o takovémto právu, že vskutku trvá.[23]) Ellinger obmezuje princip publicity na nadzástavní věřitele. Zástavní dlužník nemůže zástavní právo, byla-li pohledávka zaplacena, zapisovati. Musíť se vůči němu považovati za zaniklé.[24]) Jen pro důvěru třetích osob zachovávají platnost zákona zaplacení hypoteky Stubenrauch,[25]) Füger,[26]) Haan[27]) a Kirchstetter.[28])

Řadu spisovatelů skupiny třetí zahajuje r. 1826 Nippel. Příležitost k projevu dal mu jeden praktický případ k § 469 o. z. o., který prakse rozhodla ve smyslu romanistickém. Věta §u 469 o. z. o.: »Ein Hypothekargut bleibt solange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist« jest jen samostatným pravidlem pro právo hypotekární v knihách pozemkových. Věta první: »Durch Tilgung der Schuld hört das Pfandrecht auf« je však předpisem o právu mobiliárním. Věta druhá neplatí pouze pro případ, kdy jedná někdo v důvěře ve veřejné knihy. Kdyby byl měl zákonodárce tuto důvěru na mysli, byl by platnost práva zástavního výslovně jen pro ni zachoval.[29])

---

[23]) Der Jurist, 1839 (Wien), 158 a násl., Dr. Ignaz Wildner, Versuch einer Auslegung des § 469 a. b. G. B.

[24]) Dr. Joseph Ellinger, Handbuch des österr. allgem. Zivil-Rechtes, Wien, 1851, 233.

[25]) Dr. Moritz v. Stubenrauch, Commentar zum allg. österr. bürgerl. Gesetzbuche, 2. vyd. Wien. 1864, 656.

[26]) Max Füger von Rechtborn, Systematische Darstellung der Rechtswirkungen der Einträge in die öffentlichen Bücher, Wien, 1865, 102 a násl.

[27]) Ludwig Frh. v. Haan. Studien über Landtafelwesen, Wien, 1866, 239.

[28]) Dr. Luwig Ritter v. Kirchstetter, Commentar zum österr. allg. bürgerl. Gesetzbuche, Leipzig u. Wien, 1868. 233.

[29]) ZRG, 1826/I, 145 a násl., F. H Nippel, Zivilrechtsfall mit Bemerkungen. Mínění Nypplovo o dvou samostatných předpisech pro právo mobilární a hypotekární v § 464 o. z. o. dá se i dobře doložiti dvěma samostatnými předpisy o konfusi pro práva. v pozemkových knihách zapsaná (§ 1446) a nezapsaná (1445).

Náhled tento hájí Nippel také ve svém komentáři.[30]) Zástavní právo může býti zřízeno také pro budoucí pohledávku. Není tedy protismyslno, zůstane-li zástava i po zapravení pohledávky věřiteli zavazena. Snadna je myšlenka, že mohlo se mluviti o nějaké příští zápůjčce, když stará se vyrovnávala a stará hypoteka měla se pro ni zachovati. Namítá se sice, že by pozdější zástavní věřitel mohl býti poškozen, poněvadž pozdější zápůjčku jen proto poskytl, ježto zaplacení předchozího dluhu předpokládal. Než z čeho vzchází mu tu škoda? Jen z víry, že vyrovnáním dluhu hypoteka zaniká. Ne předpis zákona, jen nesprávný jeho výklad přivádí jej do škody. Nippel odmítá také náhled Zeillerův, že toliko vírou ve veřejné knihy po konfusi knihovní práva dále trvají. Zákon tohoto obmezení nezná a vědomost nového nabyvatele o konfusi je nerozhodna.[31])

Kopezky, jak shora uvedeno, zastává sice mínění, že hypoteka vyrovnáním pohledávky zaniká a že jen třetí osoba pro svou důvěru se chrání, pro konfusi je však náhledu jiného. Hájí pro dlužníka »jus offerendi«. Zdá se to býti sice právnickou nemožností, má-li se státi dlužník současně věřitelem ve své vlastní osobě. Ale zdání toto přestane zarážeti, přihlédne-li se blíže ku zvláštnosti a podstatě hypotečního zřízení. Vždyť i podle pruského zákona může býti vlastník pozemku zároveň věřitelem pohledávek, na něm zapsaných, ať záležejí v zástavních listech anebo hypotekách. Již podle § 1445 o. z. o. nezanikají práva a závazky konfusí, naskytnou-li se poměry zvláštního druhu, a podle § 1446 o. z. o. nezaniká zapsané právo ani konfusí ani podle § 469 o. z. o. vyrovnáním dluhu, nýbrž pouze výmazem. Právo sloučí se s povinností zhusta jen dočasně. S věcí stane se hned změna nebo se zcizí. Kdo koupí dům ve veřejné dražbě, nemusí míti ani úmyslu, aby jej podržel. I nenamáhá se ani, aby svou hypoteku vymazal. Kupec domu, zaplativ na něm váznoucí dluhy, dá si na ně místo kvitance vydati cessi a podrží je při dalším prodeji pro sebe. Převede-li dlužník pohledávku na sebe, nestane se tím žádná újma věřitelům zadním. Mají však nárok na přednost podle pořadu zápisu. Pokud je hypoteka ještě zapsána a není skutečně vymazána,

[30]) Franz Xaver J. F. Nippel, Erläuterung des allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches. III, Grätz, 1831, 537, 538.

[31]) Týž, VIII/2, Grätz, 1836, 239 a násl.

nemá žádný věřitel nějakého nároku na jinou prioritu.[32]) V pozdějším článku Kopezky své náhledy ještě rozvádí. Hypoteční zřízení a platný zákon připouštějí, aby věřitel, když mu dlužník jeho zapsanou pohledávku platí, anebo i později shodl se s dlužníkem, že má po nějakém čase zaplacenou pohledávku jako zápůjčku pod váznoucí ještě hypotekou opět obdržeti. A není potřebí, aby se tato dohoda zapsala do knih veřejných. Zaplacení děje se mezi stranami. Vůči osobám třetím je to »res inter alios acta«. Zaplacení může se díti s podmínkou příští zápůjčky. Strany nemusí je považovati za úplné vyrovnání dluhu. Na jiného věřitele může pak dlužník zaplacenou hypoteku tím způsobem převésti, že ji nejprve cessí neknihovně na sebe převede. Až třetího cessionáře pak získá, převede pohledávku na něho knihovně. I tu je to »res inter alios acta«, proti niž nikdo třetí ničeho namítati nemůže. Knihovní věřitelé proto ne, poněvadž cesse není zapsána. Taková cesse často se v praksi vyskytuje a pak do veřejných knih se zapisuje. Poněvadž však ani v praksi, ani v doktrině není shody, navrhuje Kopezky, aby jako v bavorském a pruském právu i v rakouském právu otázka byla zákonem řešena a dlužníkovi bylo volné nakládání nevymazanou hypotekou povoleno v té způsobě, že se nové pohledávce pořad nebo místo hypoteky za zaplacenou pohledávku po jejím vymazu poskytne a aby se to při zápisu nové pohledávky ve veřejné knize výslovně poznamenalo.[33])

S Nipplem souhlasí částečně také A u s s e z. Mezi kontrahenty zanikají práva knihovní zaplacením, kompensací, vzdáním se, konfusí atd. Hypoteka na pozemku trvá však tak dlouho, až z veřejných knih se vymaže.[34]) Aussez prohlašuje však za bludné ono mínění, že dlužník může již zaplacenou, ale nevymazanou položku témuž nebo jinému věřiteli za jinou pohledávku poskytnouti. Takové řešení priority je tabulárnímu zákonu úplně nezná-

---

[32]) ZRG, 1834/2, II, 24 a násl. Franz Johann K o p e z k y, Ueber das Rechtsverhältnis der Hypothekargläubiger bey nothwendigen gerichtlichen Feilbiethungen unbeweglicher Güter und über das jus offerendi.

[33]) ZRG, 1846/1, 185, a násl., Franz Johann K o p e z k y, Die Berechtigung des Hypothekarschuldners bei oder nach der Zahlung der Forderung über die nicht gelöschte Hypothek zu verfügen.

[34]) Dr. F. S. A u s s e z. Darstellung der Landtafel- und Grundbuchsordnung, Wien u. Klagenfurt, 1847, 313 a násl.

mé a dle manipulačních předpisů vůbec neproveditelné. Položka sestává z pohledávky věřitele, zástavního práva ku pojištění této pohledávky, a chce-li se ještě, z přednostního práva věřitelova před všemi zadními věřiteli. Položka je tedy agregát práva věřitelského, a nic na ní nelpí, čím by dlužník mohl disponovati. Nemá žádného aktivního podílu na položce a kvitance nedává mu žádného jiného práva, než aby položku vymazati dal.[35])

Na Kopezkého odvolává se také Unger. Závěrečná věta v § 469 o. z. o. (Ein Hypothekargut bleibt solange verhaftet), jak se zdá, nevztahuje se na poměr k tretím osobám. Vyvozuje se z ní právo dlužníka, aby nevymazanou hypoteku na sebe převedl a pak pro pohledávku, stejně velkou s pohledávkou vyrovnanou, jinému věřiteli postoupil.[36])

Ze spisovatelů o knihovním právu prohlašuje Klepsch hypotekární pohledávky za zvláštní tabulární objekty, o jejichž převodech, zástavách a výmazech platí obecné předpisy jako o nemovitých věcech.[37]) Zánik práva zástavního rovná se v podstatě zániku práva vlastnického. Vyrovná-li se pohledávka, odpadne osobní povinnost dlužníkova a zároveň i důvod pro další trvání práva zástavního. Než knihovní právo zástavní nepřestává, pokud zánik osobní pohledávky v knihách se neprovede. Zánik hypotekární pohledávky předpokládá zánik pohledávky a výmaz dlužního listu z knih. Pokud hypotekární pohledávka není vymazána, může, ač byla držitelem hypoteky zaplacena, přece právoplatně zavazena a dále býti postoupena. Držitel hypoteky jako takový bude nucen, aby se opětovně práva placení ze statku podrobil.[38])

---

[35]) L. c., 273.

[36]) Dr. Joseph Unger. Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Königreich Sachsen. Wien, 1853. 252. Unger ve svém systemu (Dr. Joseph Unger, System des österr. allgem. Privatrechts, I. Leipzig, 1856, 531/78) považuje pohledávku pro třetí osoby za fingovanou a z té příčiny trvá i pro ni zástavní právo. Ve svých přednáškách z r. 1868 však již zastával náhled, že pro rak. právo hypoteka svůj obecnoprávní akcessorní charakter principielně ztratila, ačkoli zákonník nebyl si tohoto stanoviska vědom a neprovedl ho také důsledně (GZ., 1868, 102/2, Aus den Vorlesungen des Prof. Unger, Die materielle Seite des Instituts der öffentlichen Bücher).

[37]) Dr. Adolf Klepsch, Das österreichische Tabularrecht, Prag, 1862, 35.

[38]) L. c. 95.

Obzvláštní význam pro naši otázku a formulaci práva knihovního má K r a i n z. Seřaďuje nahledy, o věci projevené, do tří skupin. Buď se považuje zástavní právo po přísně římském způsobu za právo akcessorické, anebo zapsaná pohledávka za právo vázané (gebundenes Recht)[39]) nebo zástavní právo za samostatné, na pohledávce nevisící. První náhled odporuje zákonu (§§ 445, 455, 469). Byl již Winiwartrem podrobně vyvrácen a sotva má někde ještě stoupence. Třetí náhled podle zkušeností ve právech cizích musí se prohlásiti za nejlepší. Musí býti cílem příštího rakouského zákonodárství, nemá-li je cizina zplna předstihnouti. Dosavadnímu rakouskému právu odpovídá však náhled druhý. Dle něho nemůže knihovní právo zástavní bez pohledávky ani vzniknouti, ani trvati, ani se převésti, ani se zavaditi.[40]) Přes to musíme Krainze zařaditi do této skupiny. Uvádíť v témže článku na jiném místě, že slovo »Tilgung« v § 469 o. z. o. nemůže se pojímati jako absolutní zrušení hypotekární pohledávky, nýbrž jenom jako skutečnost, která sice při nezapsaném dluhu jeho skutečné zrušení způsobí, ale při dluhu zapsaném pouze nárok na toto zrušení založí. Knihovně váznoucí pohledávky nabývá i ten, kdo své nabytí na důvěře v knihy pozemkové nezakládá. Než žalobě jeho stojí nárok na zrušení jako exceptio v cestě.[41]) Konfusí knihovní právo nezanikne. Majitelský papír vrací se do rukou dlužníka a vychází z nich, jako by se konfuse ani nebyla stala. Indosací může směnka na dlužníka a od něho zase na jiného přejíti. Důsledkem toho musí se i přepsání intabulované pohledávky na jméno dlužníkovo a s něho zase na třetího připustiti. Předpisuje-li § 1446 o. z. o., že knihovní právo konfusí nezanikne, nelze z něho vybrati nějaký zužující výklad, jako by to při zapsaných pohledávkách nebylo možno. § tento, odvolávaje se na § 469 o. z. o., má i hypoteku na zřeteli. Trvá-li tato i po konfusi, musí to po rakouském principu akcessority platiti také o pohledávce. Či měl by hypotekární věřitel, jenž se stane dědicem svého dlužníka, proto svého práva na cessi býti zbaven? Kdyby se mělo tomu přisvědčiti, nejen proti znění zákona, i proti

---

39) O Krainzově nauce o »vázaných právech« viz G. Z. 1868, č. 95 v jeho článku Das leitende Princip der bücherlichen Rechte.

40) GZ. 1869, č. 14. Dr. Joseph K r a i n z. Das leitende Princip der bücherlichen Rechte.

41) L. c. č. 26. 31.

povaze věci by se jednalo. Krainz má proto za to, že dlužník, který platí, má na vůli, zda chce žádati kvitanci nebo cessi, aby si dal v tomto posledním případě přepsati pohledávku na sebe a pak na někoho jiného. Dostane-li se mu kvitance, nemůže ovšem, jak dle některých práv možno, pohledávku na sebe dáti přepsati. To je jediný význam dv. dekr. ze dne 22. dubna 1825 č. 2090 sb. z. s. Komu nebyla pohledávka cedována, nýbrž prominuta, nemá ničeho, co by dále postupoval. Proti podobnému rozhodování věci uvádí se často t. zv. právo na vzestup (Vorrückungsrecht) pozdějších věřitelů. Právo toto není však vůbec žádným právem. Je pouze následkem výmazu předchozích položek. Druhá položka musí se státi první, odpadne-li tato první. Nějaký žalobní nárok na to, aby předchozí položka odpadla, zadní věřitel nemá.[42])

Krainz je si také důsledný ve svém systému rakouského soukromého práva, které po jeho smrti L. Pfaff obstaral. Akcesorický zánik práva zástavního (§§ 469 a 1446 v.-s.-o.) dává nárok na výmaz. Vyrovnaná, ale nevymazaná pohledávka může hypotekárním dlužníkem učiněna býti působnou na prospěch dřívějšího nebo nového věřitele.[43]) Stanovisko Krainzovo je již v II. vydání Pfaffem rozváděno. Zaplacením nebo vyrovnáním zapsaná pohledávka nezaniká. Povstává jen nárok na výmaz a na to, že nebude se vymáhati. Vrátí-li se tedy, co bylo zaplaceno, může se státi zase působivou a stejně může i při konkursu nabýti své dřívější účinnosti.[44])

Ehrenzweig v novém vydání Krainze se od něho poněkud odchyluje. Vyrovnaná pohledávka dle § 469 o. z. o. znamená, že pohledávka materielně zanikla, formálně však trvá. Materielní zánik znamená, že zástavní věřitel nemůže pohledávku vymáhati a naopak že může vlastník na její výmaz žalovati. Formální trvání pak značí, že se se zapsaným věřitelem jedná až do výmazu jako s věřitelem. Jako takový je též vůči soudu legitimován a oprávněn, aby hypotékou knihovně nakládal. Toto nakládání nabude plných účinků, pokud toho žádá zásada důvěry ve veřejné knihy. Formální trvání hypotéky znamená dále, že hypotekární

---

[42]) L. c. č. 26, 27.

[43]) Dr. Josef Krainz, System des österr. allgem. Privatrechts. Aus dessen Nachlass herausgegeben u. redigirt von Prof. Dr. L. Pfaff, II, Wien 1889, 125.

[44]) II. Aufl., I, Wien, 1894, 703 a násl.

dlužník může pohledávce již vyrovnané, ale nevymazané buď na prospěch dřívějšího nebo jiného věřitele dřívější působnost zjednati. Pohledávka, která byla již zaplacena nebo prominuta, může vrácením zaplaceného atd. v plném objemu se státi účinnou, aniž by zadní věřitelé mohli proti tomu vznésti nějaké námitky.[45])

Krainz odůvodňuje také blíže svou theorii o vázaných právech. Mnohé dluhy váznou na pozemku již ze samého zákona. U jiných je potřebí umělého media, aby dle potřeby na pozemek byly připjaty. Toto medium je zápis. Dlužní poměr spojí se s pozemkem tím způsobem, že každý držitel stane se pasivním subjektem poměru, pokud držba jeho trvá. Krainz odvolává se tu na náhled Gerbra, Mittermaiera a Genglera o reálních břemenech. Uvádí však sám z rakouského práva příklady, kde myšlenka tato ještě rozhodněji vystupuje. Jsou to na př. demoliční reversy, reversy vlastníků vůči úřadům vojenským a veřejným, výměnky, renty pro vojenské svatební kauce atd. Zapíše-li se do veřejných knih nějaký obligační poměr, nikoli za tím účelem, aby se zástavní právo nebo jiné věcné právo získalo, nýbrž aby byl účinný proti kterémukoli držiteli, povstává tím vázaný dluh (gebundene Schuld). Zápisem nestává se tento dluh ani věcným, ani absolutním, nýbrž zůstává i nadále jen relativním právem vůči jisté osobě. Krainz zove takovýto dluh dle Meiboma a Gerbra dluhem reálním (Realschuld, obligatio rei). V dluh reální může se přeměniti dluh každý, pokud jej může plniti každý vlastník. Připouští-li zákonodárství jen některé případy, vysvětluje se to tím, že věc přišla jen příležitostně, nikoli jako uzavřená jednota.[46]) Reální dluh vzniká pouze intabulací. Bez ní nebyl by dluhem reálním. Obligační poměr ovšem existuje již před zápisem. Tímto zápisem spojí se pouze jeho pasivní stránka s pozemkem. Tím změní se také způsob, jak se dluh převádí. Forma převodní je proň charakteristická. S držbou statku přechází také dluh. Děje se tak, aniž by k tomu věřitel svolil.[47]) Reální dluh je s to, aby potrval, i když pozemek je opuštěn. Konfuse jeho výkon pouze zastaví. Zaplacení, kompensace, promlčení založí proti ně-

---

[45]) IV. Aufl. besorgt v. Dr. Armin Ehrenzweig, I, Wien, 1905, 860 a násl.

[46]) GZ, 1869, č. 29.

[47]) GZ, 1869, č. 30.

mu námitku, již ovšem proti tomu, kdo v důvěře v knihy pozemkové jedná, vznésti nelze.[48])

Exnerovi každý korrektní knihovní akt je právním aktem formálním. Akt tento způsobí právní změnu sám. Jeho právní obsah odpoutává se od svého materiálního základu. Je samostatný sám sebou. Stav knihovní je stavem právním. Právo zástavní se zřídí, převede, změní a vymaže, jakmile se dotyčná disposice ve správné formě v knihách objeví.[49]) Zástavní věřitel může svou vyrovnáním již zaniklou pohledávku platně postoupiti a zastaviti. »Knihovní vlastnictví« k pohledávce stačí vůči poctivému nabyvateli, aby mu platně mohla býti zastavena.[50]) Normami §§ 469, 1443 a 1446 o. z. o. dokumentuje se hluboká propast mezi mimoknihovním a knihovním právem zástavním. Mimoknihovní je akcessorní podle obecnoprávní teorie. Zápis knihovní zástavní práva zakládá a »contrarius actus« (výmaz) je ničí. Až do té doby trvá.[51]) Vyrovnání zástavního dluhu zařaďuje proto Exner ve své monografii o rakouském právu zástavním do rubriky »Löschungstitel«.[52]) Zástavní dluh netvoří přímo a přísně právně vzato ani vůbec obsah knihovního práva zástavního. Je mu pouze důvodem. Je jeho materiální causa a tím také míra jeho obsahu. Kdo vznese nárok na hypotekární uspokojení při rozvrhu nejvyššího podání, nevystupuje jako věřitel, nýbrž jako hypotekář. Nemusí ani dokazovati, ba ani tvrditi, že dluh zástavní trvá. Jeho odpůrce zmaří však jeho nárok, dokáže-li, že dluh zanikl, poněvadž z toho prima facie plyne, že přestal právní důvod, aby se zástavní právo dále držeti mohlo. Plyne to »prima facie«, poněvadž z jiného důvodu může zástavní právo trvati dále. Stane se tak, substituuje-li se mezi stranami místo vyrovnaného dluhu dluh jiný. Při novaci nedalo by se zástavní právo na novou

---

[48]) GZ, 1869, č. 31.

[49]) Dr. Adolf Exner, Das Publizitätsprinzip, Wien, 1870, 70 a násl. Viz od téhož D. H. V, Das österreichische Hypothekenrecht, Leipzig, 1876, I, 83. Srvn. Botho von Salpius, Novation u. Delegation nach römischem Recht, Berlin, 1864, 212: die obligatio verbis contracta ist ein von ihrem Rechtsgrunde unabhängiges Abstractum.

[50]) Exner, Das Publizitätzprinzip, 43.

[51]) Dr. Adolf Exner, Das österreichische Hypothekenrecht. Leipzig, 1876, I, 46, 72.

[52]) L. c. II, Leipzig, 1881, 604 a násl.

pohledávku přenésti, kdyby se hypoteka a dluh nedaly od sebe odděliti. Co je při novaci možno »uno actu«, musí ne méně býti možno při právních aktech, které za sebou následují.[53]) Konfusí podle § 1446 o. z. o. nevzejde vlastníkovi-hypotekáři žádný zvláštní titul výmazný. Máť ve své dvojí vlastnosti právo, aby hypoteku zrušil anebo jí dále nakládal. Nějaký titul výmazný nevzejde ani zadním hypotekářům, poněvadž tito ani při zaplacení přední pohledávky nejsou oprávněni, aby za výmaz její žádali.[54]) Vlastníkově hypotece slouží v rak. právu výhrada pořadí. Na své jméno vlastník hypoteku přepsati si nemůže. Dílčí dlužní úpisy, pojištěné zástavním právem, tvoří však vlastníkovu hypoteku, pokud nevejdou v oběh. Totéž platí o železničních prioritách. O poměru vlastníka k hypotece při konfusi jedná Exner pod rubrikou »Rechtlich zufällige Konfusio«, o poměru jeho k hypotece po zaplacení pod rubrikou »Konfusio durch Einlösung«. Těžký problém rak. práva, jak je to možno, že pohledávka konfusí pomíjí a přece dle § 1446 o. z. o. zase na jiného převedena býti může, řeší Exner dosti uměle. Nelze tu mluviti o obmyslném nabývání. Takové je jen tehdy možno, jde-li o újmu práva některé osoby. Zde však o žádné újmě nemůže býti řeči Postoupí-li věřitel pohledávku na plátce, nevzejde mu z toho újma, ale prospěch. Plátce pak postupem na jiného vytvoří vždy jen právo proti sobě. Okruhu cizích práv se nedotkne. Cedovaná pohledávka zanikla zaplacením a nemůže nikdy více se vzkřísiti. Jen zástavní právo se zachovává, aby sloužilo nové pohledávce, která se pro »cessionáře« zřizuje. Ve skutečnosti je zde tedy jen hypotekární sukcesse, která, poněvadž rak. právo tohoto ústavu nezná, musí se odíti v roucho cesse.[55]) Při dražebním rozvrhu má materielní právo volný průvod. Vlastník jako hypotekář musí vyjíti na prázdno.[56])

Jak již z Exnera vidno, dala se právnická literatura rakouská směrem romanistickým. Brali se jím zejména ti, kdož zápis

---

[53]) L. c. II, 613 a násl.

[54]) L. c. II, 627 a násl.

[55]) L. c. II, 663 a násl.

[56]) L. c. II, 670, 674. Exnerovu náhledu při recenssi jeho spisu odporuje Fuchs, Jur. Bl., 1881, č. 31 hroze docela trestním zákonem tomu, kdo by si dal zaplacenou pohledávku postoupiti. Jen superkondicient je bez trestu.

jako formální akt zplna zamítali. Tak zvláště Randa. Podle něho nemá zápis jiné funkce než tradice nebo jiný způsob nabývací podle římského práva. Zápis není žádným formálním aktem ve smyslu nové pravovědy. Nezakládá žádného práva. Je pouze článkem v řetěze skutečností, kterých je ku nabytí práva potřeba.[57] Pojímati tabulární akt jako akt formální není historicky ani dogmaticky správno.[58] Historicky kladlo již obnovené zřízení zemské (P XXI) a novela declaratoria (Pp. 21) důraz na bezelstnost nabyvatele,[59] a český deskový patent z r. 1794 (§ 1) zakládal zápis na listinách, které dosvědčují správnost zápisu.[60] Západohaličský zákonník pojímal knihovní zápis pouze jako materiálněprávní důvod nabývací. Zásady jeho převzal také občanský zákonník.[61] Také knihovní zákon ze dne 27. července 1871 nezná intabulace jako formálního aktu.[62] Knihovní zápis práva sám o sobě, nehledíc ku jeho materielněprávnímu základu, ani nezakládá, ani nemění, ani neničí. Ochrana publicity nejde bezelstnému nabyvateli povždy a bez výjimky k dobru, nýbrž jen tehdy, kdy právo, materielně a formálně založené, skutečnostmi, z veřejných knih neznámými (§§ 469, 469, 527, 1500) se zruší anebo přemění.[63] V cit. §§ našla ochrana bezelstnosti svůj výraz. Zastaralé znění §u 469 o. z. o., postrádajíc zmínky o bezelstnosti, zustalo z přehlédnutí nezměněno.[64] Zaplacením, uplynutím času, konfusí atd. právo zástavní zaniká.[65] Randa zaujímá proto stanovisko, že rak. právo vlastníkovy hypoteky nezná.[66]

David přiznává docela zadním věřitelům právo, aby materielní zánik formálně ještě trvající hypoteky žalobou na její výmaz prováděli. Tomuto žalobnímu právu zadních věřitelů nestojí v cestě právo vlastníkovo, aby disponoval hypotekou ma-

---

[57]) GZ. 1871, č. 39, Randa, Das Publicitatsprincip.
[58]) GZ, 1871, č. 42.
[59]) GZ, 1871, č. 37, 1872, č. 33.
[60]) GZ, 1871, č. 42.
[61]) GZ, 1871, č. 42.
[62]) GZ, 1872, č. 35.
[63]) GZ, 1876, č. 94.
[64]) Dr. Anton Randa, Das Eigenthumsrecht, I, Leipzig, 1893, 541, č. 1. Bezelstný nabyvatel práva na vkladu původně neplatném nabývá ho za podmínek § 61 kn. z., l. c. 342.
[65]) GZ, 1871, č. 39, Randa, Eigenthumsrecht, 547.
[66]) Randa, Eigenthumsrecht, 548.

terielně neúčinnou anebo místem, které zaujímá. V rak. právu není o tom předpisu a ze zásady publicity nedá se právo toto odvozovati. Toliko sjednotí-li se právo zástavní s vlastnictvím, je zde výjimka. Princip publicity způsobuje i tu, že hypoteka až do výmazu formálně trvá. Spojení toto dává pouze vlastníkovi právo, aby výmaz hypoteky provedl. Neužije-li tohoto práva, odpočívá hypoteční právo, pokud pozemkové vlastnictví a hypoteka jsou v jedné osobě spojeny. Nabývá zase působnosti, rozejdou-li se, buď že pozemek se zcizí anebo hypoteční právo převede. Proti výmazné žalobě zadních věřitelů je vlastník tím chráněn, že hypoteka sjednocením materielně nezanikla, nýbrž jen v klid se dostalla, z něhož může do plné působnosti přijíti, zruší-li se spojení. Trvá-li sjednocení při dražbě, nemůže se hypoteka vlastníkem prováděti, poněvadž nikdo jako věřitel nemůže hledati zaplacení sám u sebe.[67])

Horlivým průkopníkem vlastníkovy hypoteky v rak. právu byl S t r o h a l. V nazírání na knihovní zápis stál však na stanovisku Randově. Zápisem vytvoří se jistý právní stav jen tehdy, jsou-li zde formální a materielní podmínky. Princip publicity pak způsobí, že tabulární stav považuje se za správný, jakoby se od skutečného právního stavu ani neodchyloval.[68]) Zaplacením pohledávky a konfusí zaniká proto právo zástavní, ale vlastník jest podle §§ 469 a 1446 o. z. o. oprávněn, aby zástavním místem (Hypothekarposten) dále disponoval. Dokládá tento svůj náhled příbuzností §u 1446 o. z. o. s § 52 dodatku k pruskému L. R. z 11. dubna 1803. § 1446 o. z. o. v západohaličském zákonníku ještě scházel a během prvního čtení byl vsunut. Příbuznost tuto potvrzuje i nápadná podobnost § 1443 o. z. o. s § 53 cit. dodatku o kompensaci. Rak. právo nemá sice předpisu, že se může díti výmaz pouze na návrh vlastníka, ale nemá také předpisu, že se může státi na jednostranný návrh hypotekáře. Věc proto třeba rozhodnouti podle positivní povahy věci.[69]) Třeba by rak. právo positivních předpisů o disposičním právu vlastníkově uprázdně-

---

[67]) GZ. 1879, č. 2, Dr. Hugo von D a v i d, Studien zum österr. Hypothekenrecht.

[68]) Emil S t r o h a l, Zur Lehre vom Eigenthum an Immobilien. Graz, 1876, 3 a násl., Jenaer Literaturzeitung, 1877, 168.

[69]) S t r o h a l, Die Prioritätsabtretung nach heutigem Grundbuchrecht, Graz, 1880, 49 a násl.

nými hypotekami (erledigte Hypotheken) nemělo, není mu přece právo toto cizí. Je-li vlastník osobním dlužníkem, nezpůsobí konfuse zániku hypotekárního práva. Vůči jistým osobám jeví se sice pohledávka jako uspokojena. Účinky tyto nevzcházejí však vůči zadním věřitelům. Tito nemají žádného práva na to, aby přední hypoteka kryta byla z jiného fondu než z užitků statku nebo výtěžku dražebního podání. Slova §u 469 o. z. o., že i po vyrovnání dluhu zůstává statek zavazen, nemohou míti smyslu, že zůstává zavazen pro zaplaceného věřitele nebo pro třetí osoby, které zápisu věří. Smysl slov těch je jedině, že zůstává zavazen pro vlastníka. Cesse, kterou si od zaplaceného věřitele na sebe vydati dává, není vlastně žádná cesse. Je to listina, která skýtá vlastníkovi formální legitimaci k tomu, co mu již materielně beztak přísluší. Právo vlastníka, který pohledávku vyplatí, je při rozvrhu nejvyššího podání totéž, jako při § 1446 o. z. o. Bude mu náležeti i z hypotek, které povstaly pro neplatné pohledávky. Stejně bude dle § 61 kn. ř. ve svém knihovním právu porušen jen vlastník. Neplatnost může vždy zhojena býti potomně. Vlastník může také neplatného hypotekáře k tomu přiměti, aby mu své právo postoupil a může jím pak dále nakládati dle své vůle. Je-li toto disposiční právo dosti silné, aby zadní hypotekáře až do exekuční draby zadržovalo, nelze pochopiti, proč by toto zadržování nemělo zde býti i v době dražebního rozvrhu.[70])

Krasnopolski[71]) stojí na historickém základě rak. knihovního práva. Cituje nov. decl. Ee XIV. Co bylo deskami založeno, může jen zase deskami býti zrušeno. Zásadu tuto zachoval Codex Theresianus. Redaktoři obč. zákonníka záměnou slov »Hypothekargut« a »Hypothek«[72]) ničeho nezískali. Při § 469 o. z. o. třeba činiti rozdíl mezi právem, které možno realisovati a právem, které »ope exceptionis« může se zvrhnouti. Jen to první mohli redaktoři míti na mysli. Toto právo nemůže, když dluh hypotekárního věřitele byl vyrovnán, někomu býti postoupeno. Uznává-li prakse převod zaplacených hypotek za platný, má spíše za to, že vyrovnáním dluhu hypoteční právo materielně

70) Centralblatt (CB), 1883, 261 a násl. Strohal, Die Eigenthümer-Hypothek im österreichischen Recht.

71) Grünhuts Zeitschrift, (GrZ) 1881, 522 a násl. Dr. H. Krasnopolski, Zur Lehre von der Prioritätsabtretung nach österreich Recht.

72) Strohal, Die Prioritätsabtretung, 53.

nezaniklo, a že jeho bezúčinnost pouze držitel hypoteky a jeho universální nástupce může namítati, než aby v tom viděla nějaké právo vlastníkovo. Krasnopolski má za to, že vyrovnání dluhu žádné absolutní, nýbrž jen relativní bezúčinnost způsobuje »Das Hypothekargut bleibt verhaftet« neznamená ničeho jiného, než že právo zástavní trvá tak dlouho, až atd. Nesmí se také přehlédnouti, že by se z § 469 o. z. o. mohlo souditi na trvalé disposiční právo hypotekárního věřitele o zaplacené, ale nevymazané pohledávce. Než mezi hypotekou, která tu potrvává, není tu ještě žádného spojení s právem dlužníka, aby hypotekou touto nakládal. Toto své stanovisko proti vlastníkově hypotece rozvádí Krasnopolski ještě ve zvláštní stati. Je celkem jen polemická. Obrací se proti těm, kdo ji z rakouského práva svízelně chtěli konstruovati, zvláště proti Strohalovi. Z §u 1446 o. z. o. neplyne nic jiného, než co plyne z § 469 o. z. o. Vyrovnání pohledávky účinkuje na hypoteku stejně jako konfuse. § 469 o. z. o. stanoví, jaký význam má vyrovnání pohledávky. Tento význam měl v § 249 II. záp. hal. obč. zákonníka a měl jej i v osnově obč. zákonníka. Nenabyl významu jiného, když později připojen byl teprve § 1446 o. z. o.[73]) S Krasnopolskim o vlastníkově hypotece v rak. právu souhlasil i Burckhard.[74]) Steinlechner shrnuje všechnu rak. literaturu o vlastníkově hypotece. Literatura tato snaží se rozvinouti zákonné zárodky hypoteky na vlastní věci, aby dala jistý základ kolísavé judikatuře. Z odpůrců vlastníkovy hypoteky stojí prý Krasnopolski na stanovisku, které třicet let před tím zastával Kopetzky.[75])

Sernec[76]) ohražoval se proti předloze konversního zákona, která r. 1886 v panské sněmovně byla předložena. Otřásá občanským právem. Posavad platila podle § 469 o. z. o. zásada, že vyrovnáním dluhu právo zástavní zaniká, a že tedy věřitelé zapsaní

---

[73]) Grünhuts Zeitschrift, 1884 (11), 43 a násl., Dr. Horaz Krasnopolski, Zur Lehre von der Eigenthümerhypothek im österr. Recht.

[74]) Dr. Burckhard, System des österr. Privatsrechts, III, Wien, 1889, 363.

[75]) Kritische Vierteljahresschrift für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 26, 1884, Steinlechner, Uebersicht der neueren Literatur über die Hypothek an eigener Sache nach österr. Rechte.

[76]) Gerichtsehule (GH), 1886, č. 12, Dr. Johann Sernec, Die Novelle zum Grundbuchsgesetze.

za intabulosovou položkou pořadem do předu postupují. Jediná výjimka platila pro třetího bezelstného nabyvatele. V jednání obmyslného nabyvatele zaplacené pohledávky musil by soud podvod spatřovati. Sernec chválí novelu, že přiznává zadním věřitelům právo, aby popírali likvidnost položek předchozích. Právo toto musí býti jiné než z důvodu vyrovnání dluhu, poněvadž by jinak novela nesměla ani povstati. Dle jejího hlavního účelu přestane platiti zásada, že vyrovnáním dluhu zástavní právo zaniká. Dosavad soudy rozhodují, že zadním věřitelům vůbec ani právo nepřísluší, aby se o likviditě předchozí pohledávky vyslovili, neřku-li, aby i zvláštní žalobou mohli ji popírati.

Fleischer[77]) vyslovuje se pro germanistitický směr, dle něhož hypotekární dlužník hypoteky na vlastní věci nabývá. Tento směr má znění zákona, potřebu prakse a většinou i judikaturu pro sebe. Není-li tato jista, mělo by se zákonem vysloviti, že hypotekární dlužník má právo, aby knihovní pořad vyrovnané, ale nevymazané položky jiné pohledávce mohl poskytnouti. Tím by se nic nového nevytvořilo, než co se již děje. Jen pochybnostem učinil by se konec. Vůči nadějím zadních věřitelů cituje Fleischer případná slova rozhodnutí ze dne 20. května 1880: Počítá-li věřitel ještě s jinými okolnostmi než s pozemkovou knihou, na př. s tím, že pohledávka bude nebo byla již zaplacena, nedbá pevného základu, na němž hypotekární úvěr spočívá. R. 1890 hájí dr. Wilhelm Haker v přednášce své v něm. právn. spolku v Praze názor, že zadní věřitelé žádného práva na vzestup nemají. Tento vzestup je odvislý od předchozího výmazu, jsa následek okolnosti, že zástavní právo se vztahuje na celý objekt. Zadní věřitelé nemají práva, aby předchozí položce odporovali. Právo toto přísluší jim pouze při rozvrhu dražebního výtěžku.[78])

Právo zástavní předpokládá sice platnou pohledávku (§ 449). Předpoklad ten vztahuje se však pouze na vznik práva zástavního, vykládá Schiff.[79]) Podle rak. práva neexistuje proto žádná původní vlastníkova hypoteka. Později může však bez pohledávky existovati. Její existence je hypotetická. Závisí na podmínce,

[77]) GH, 1886, č. 23, Dr. V. Fleischer, Zu § 469 a. b. G. B.

[78]) Jurist. Vierteljahrschrift, VI (1891), 173 a násl.

[79]) Zeitschrift für Volkswirtschaft, Socialpolitik u. Verwaltung, 1893/II, 519. Dr. Walter Schiff, Die Convertierung der Hypothekarschulden und das österr. Civilrecht.

že ještě před exekucí na místo dřívějšího odpadlého dluhu nový platný dluh vstoupí. Kdyby z formálního trvání hypoteky neplynuly právnické důsledky, byl by § 469 o. z. o. prázdnou tautologií. Pokud hypoteka není vymazána, trvá v pozemkové knize. Taková plochost výrazu nemůže býti od žádného zákonodárce očekávána a tím méně od redaktorů občanského zákonníka. Na bezelstné nabytí nelze zaniklou hypoteku obmezovati. Při § 1446 o. z. o. nemůže se ani na takovéto nabytí mysliti. Nemělo by to smyslu, kdyby směla hypoteka přes nastalou konfusi dále trvati. Je-li osoba vlastníkova s osobou věřitelovou totožná, nemohlo by se právo zástavní v neznalosti, že nezaniklo, nabýti. A přece se stává toto právo plně účinné, zruší-li se později sjednocení věřitele a dlužníka. Autor hlásí se ke Krainzově teorii o vázaných právech. Civilněprávní akty nestačí ku jich vzniku, změně a zániku. Jsou jen jejich titulem. Musí dojíti ke skutečnosti, na které je právo vázáno. Tou jest u knihovního práva knihovní zápis. Stejně děje se tak při papírech na řád. K aktu civilněprávnímu je potřebí ještě odevzdání papíru. Vlastníku nestojí nic v cestě, aby hypoteku na sebe přepsati dal. Hypoteka tato nezaniká konfusí a může se dalším převodem ku krytí nového úvěru použíti. Jen osobní dluh zanikne, pojišťuje-li jej hypoteka. Hypoteka pak trvá, pojišťuje-li dluh cizí. Vlastník může ji také proti někomu třetímu likvidovati. Vlastníkova hypoteka v této obměně je nutný důsledek tabulárního principu a pojmu rak. práva zástavního.[80])

F i s c h e r-C o l b r i e o v i je směrodatným princip publicity. Z něho plyne stav nejistoty v případech §§ 469 a 1446 o. z. o. Zákonodárce stanovil tyto předpisy pro poctivé nabyvatele proti vlastníkovi zavazeného statku. Proti němu směřuje jejich hrot. Jsou daleky toho, aby vlastníkovi samému nějaké právo poskytovaly. V §§ 469 a 1446 o. z. o. nelze tedy spatřovati pravou vlastníkovu hypoteku. Přes to znění těchto §§ umožňuje stranám, aby vyrovnanou, ale nevymazanou hypoteku na novém dluhu založily anebo dalším převodem jí novou účinnost zjednaly. Předpis, který by to zapovídal, neexistuje. Platný dluh musí tu býti aspoň v době exekuce (§ 449).[81]) Založení nového dluhu

[80]) L. c., 522, 523 a násl.

[81]) GZ, 1901, 242, Dr. Eduard F i s c h e r-C o l b r i e, Zur Frage der Anfechtung von Hypotheken durch Nachhypothekare.

připouští obdoba novace. I další převod je při konfusi beze všeho možný. Při §u 469 o. z. o. pomocí cesse, kterou dlužník hypoteku na sebe nebo snad na osobu třetí převede. §§ 469 a 1446 o. z. o. neskýtají však možnosti, aby vlastník hypoteku na sebe převésti dal anebo ji při exekuci prováděl.[82]) Založí-li se dluh na nové hypotece, nelze to knihovně vykonati. Hypoteka se tu ani nenabývá, ani nepřevádí, ani nezrušuje. Při hypotekární žalobě a při dražebním rozvrhu provádí ovšem hypotekární věřitel nárok, který na místo zaniklé pohledávky nastoupil.[83]) Na úvěrní hypoteky se toto právo vlastníkovo nevztahuje. Zadní věřitelé byli by jimi ve své důvěře a ve svém počtu pravděpodobnosti zklamáni.[84])

Demeliovi zaniká právo zástavní pouze výmazem, ne vyrovnáním pohledávky a ne konfusí.[85]) Systemu pevných míst (locusovy teorie) rak. právo však nezná. Zadní věřitelé naopak postupují v přední místa zaplacených věřitelů, která se uprázdnila. To děje se však jen tehdy, pokud vlastník položkou (obnova hypoteky) nenaložil, dále jí neodevzdav. Toto disposiční právo má potud, pokud položka není vymazána. Práva zástavního na své vlastní věci však nemá. Nemůže hypoteku na sebe dáti přepsati a při rozvrhu nejvyššího podání nárok na jeho příděl vznésti. Hypoteka vznikne vlastníkovi přirozeně při konfusi, pokud není osobním dlužníkem, a pohledávka osobní tedy nezanikne. Zde přísluší vlastníkovi nejen právo, aby hypoteku dále prováděl, nýbrž také, aby ji při rozvrhu dražebního výtěžku uplatňoval a důsledně tedy aby si také na sebe přepsati dal.[86])

Adler[87]) klade pro platnost tabulárního aktu jako podmínku, aby byly tu všechny materielní náležitosti jeho platného vzniku. Jakmile se tak stane, je pak prost všech materiálních vlivů. Hypoteku proto nezmaří ani konfuse, ani vyrovnání pohledávky. Rak. právo nezná sice dluhu pozemkového. Jakmile však jednou hypoteka za některou pohledávku povstane, odpoutá se ve

[82]) L. c., 252, 268.
[83]) L. c., 269.
[84]) L. c., 270.
[85]) Dr. E. Demelius, Grundriss des Sachenrechts, Leipzig, 1900, 58, 59.
[86]) L. c., 67.
[87]) Dr. Emanuel Adler, Das Publicitätsprincip im österreichischem Tabularrechte, Wien, 1899, 94 a násl.

svém dalším trvání tou měrou od pohledávky, že hypoteka trvá dále, byť i pohledávka zajde. Hypoteka ručí ipso iure vždy ještě nejen za původní sumu, nýbrž také za původní pohledávku, ať již byla vyrovnána nebo ujednáním stran novou nahražena. Zrušovací důvody materielní mohou hypoteku ipso iure trvající, nejvýše jen ope exceptionis zbaviti síly. Důvody tyto mají jen obligační účinek mezi zúčastněnými. Proti třetím osobám lze je jen tehdy vznésti, pokud proti nim exceptio doli může platiti. Námitka zaplacení může také replikou býti vyvrácena, byla-li zaplacená suma zase zpět vrácena nebo založily-li strany hypoteku novou pohledávkou, anebo byla-li s vůlí a vědomím dlužníka hypoteka, ač pohledávka byla vyrovnána, někomu třetímu postoupena. Zadních věřitelů se to nedotýká. Zabrání se tím pouze, aby zlepšili své postavení, kdyby hypoteka byla vymazána. Na toto zlepšení však nemají práva. Kdyby se tvrdilo nějaké právo zadních hypotekářů na vzestup, nemělo by žádného zákonného podkladu. Přednost hypotek řídí se tabulárním stavem. Teprve, odpadne-li hypoteka předchozí, vzestupují zadní hypotekáři sami sebou. § 469 o. z. o. sám to nezpůsobí. Dle něho ke zrušení hypoteky vyrovnání pohledávky nestačí. Hypoteka zůstává jím nedotčena. Trvá po právu i mezi stranami, mezi nimiž vyrovnání bylo provedeno. Vyrovnání a nárok z něho na výmaz mohou strany zase odstraniti, sjednajíce mezi sebou, aby stará hypoteka za novou pohledávku vázla. Ale i když se ujednání toto nestalo, může hypoteka od samotného věřitele aneb od něho s vědomím a svolením dlužníka na jiné osoby převedena a jimi právoplatně býti nabyta, ať o vyrovnání věděly anebo nevěděly. § 469 o. z. o. jde tedy dále než pruský L. R. I. 20, § 522, který se s tím spokojuje, že jen chrání dobrou víru osoby třetí, která vyrovnané, ale nevymazané pohledávky nabývá. Potomní nabyvatel takovéto hypoteky musil by si ovšem i podle rak. práva námitku dáti líbiti a ve výmaz hypoteky svoliti. Po vyrovnání pohledávky netrvá právo zástavní i s pohledávkou dle § 469 o. z. o. jako fikce. Odporuje tomu jeho znění, že trvá až do výmazu. Pohledávka vyrovnáním zaniká definitivně. Co trvá, je hypoteka. Jen hypoteka se také třetími osobami nabývá a jimi také převádí. Pohledávka má jen ten význam, že žalobu funduje a objem práva zástavního ohraničuje.

Právo na vzestup neustanovil ani čl. XXVIII. uvoz. zák.

k ex. ř. Jeť nárok dle tohoto čl. omezen na právo exekuční a provádí pouze právo vlastníkovo. Dohodou vlastníka s dlužníkem může toto právo býti zrušeno.

Podle Brucka[88]) opakuje § 469 o. z. o. jenom myšlenku, kterou se projevuje princip publicity ve všech knihách pozemkových. Zánik zápisu může jenom jeho výmaz způsobiti. Jako vyrovnání obligačního práva nedotýká se hypoteky, nemá na ni vlivu také konfuse. Zadní věřitelé nemají žádného práva na vzestup. Nemohou žalovati na výmaz zástavního práva za zaniklou pohledávku. Vlastník může jí však disponovati. Nemůže ji však dáti na sebe přepsati, kdyby i osobním dlužníkem nebyl. K tomu bylo by potřebí zvláštního zákonného předpisu. Cesse, které rakouská prakse používá, je jen prostředek z nouze, který vlastníkovi umožňuje, aby na svém vlastním pozemku hypoteku získal. Lze se vyhnouti povážlivé fikci, rozumí-li se vlastníkovou hypotekou vlastnictví a nikoli hypoteka. Hypoteční list, jejž má vlastník k disposici, jest pak legitimačním papírem, který jej opravňuje, aby v mezích vyskytujících se závad provedl svou moc jako vlastník. Vlastníkova hypoteka zápasí v rak. právu ještě o zákonné uznání své existence. Jak tento zápas dopadne, o tom nemůže býti žádné pochybnosti. Ohled na hospodářské zájmy vlastníkovy musí jí dopomoci ku vítězství.

Nabytí nadzástavního práva na zaplacené pohledávce exekucí bylo leckdy posuzováno zvláště. Tak Kavčič[89]) nepřipouští při exekuci důvěry v pozemkové knihy. Nemůžeť se tato důvěra při ní uskutečniti. S Kavčičem souhlasí také Reinhold.[90]) O důvěře lze podle nálezu č. 8646 mluviti jen tehdy, odhodlá-li se někdo ku právnímu jednání jen vzhledem ku knihovnímu zápisu. Při exekuci takové důvěry není.[91]) Novým exekučním řá-

---

[88]) Bruck, 58 a násl.

[89]) CB, 1887, 257 a násl., Dr. J. Kavčič, Executionsführung auf bereits gelegte Hypothekarforderungen.

[90]) GH, 1898, č. 28, 20, Dr. F. Reinhold, Zwei Executions-Fragen.

[91]) GH, 1898, č. 42, 43, Dr. F Reinhold, Rechtserwerb im Vertrauen auf das öffentliche Buch. Viz také jeho článek: Die Execution auf eine gezahlte, aber noch nicht gelöschte Hypothekarforderung, GH, 1900, č. 47. Proti tomu GZ, 1901, č. 23 a 24, Dr. Emanuel Adler, Die Execution auf getilgte, jedoch noch nicht gelöschte Hypothekarforderungen.

dem odůvodňuje toto vyloučení Weisskopf. Dle § 320 ex. ř. zapovídá se dlužníkovi, aby věřiteli platil. Touto zápovědí se pohledávka zabaví. Není-li tu žádné povinnosti platební, nemůže býti nic zabaveno.[92]) Proti novému věřiteli může se s úspěchem vznésti námitka zaplacení.[93]) Petschek[94]) naproti tomu soudí, že zabavení pohledávky třeba posuzovati dle dobré víry v knihy. Pro další stupně exekuce, přikázání ku vybrání nebo na místě placení nelze již nijak rozlišovati. Spočívát obé na zabavení. Petschek hájí také právo vlastníka, aby vyrovnanou hypotekou disponoval. Šířít se stále více a více nauka, že zadní věřitelé musí trpěti, aby se zaniklá závada zase obnovila.[95]) Také Suess[96]) se vyslovuje pro to, aby § 469 platil i pro nabytí exekučního práva nadzástavního. Téhož náhledu je také Schimm.[97]) Beisser[98]) považuje § 469 za výjimku z § 1394, která stanovena byla pro jistotu právního obchodu, zejména pro publica fides pozemkových knih. Naproti tomu jest Mayerovi[99]) převod zaplacené hypoteky na hypoteku s novou pohledávkou vůči knihovním věřitelům bez účinku. Tersch[100]) vykládá, že po zaplacení pohledávky zůstane v knihách jen stav (Zustand),

---

[92]) CB, 1901, 115 a násl., Dr. Emil Weisskopf. Die Execution in eine gezahlte, aber noch nicht gelöschte Hypothekarforderung.

[93]) GZ, 1901, č. 12, Dr. Emil Weisskopf, Erklärungspflicht nach § 301 C. P. Viz téhož: Der Umfang der executiven Forderungspfandrechtes v GrZ, 1901, 290 a násl.

[94]) Dr. Georg Petschek, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen nach österr. Rechte, I, Wien 1901, 43 a násl. Téhož mínění je také Adler, ač jeho náhled o tabulárních aktech vede ještě dále. Viz GZ, 1901, č. 23 a 24.

[95]) GZ, 1906, 287, Dr. Georg Petschek, Der Schutz der Nachhypotheken gegen die Konversion einer bereits getilgten Schuld nach dem neuen Regierungsentwurf eines grundbuchsrechtlichen Konvertierungsgesetzes.

[96]) GZ, 1909, č. 38, Dr. Emil Suess, Zur Frage der Auslegung des § 469 ABGB.

[97]) Jur. Blätter (JB), 1896, č. 25, 26, Dr. Schimm, Grundbuchsrechttliche Streitfragen.

[98]) GZ, 1918, č. 37, Dr. Moritz Beisser, Zur Frage der executiven Pfändung einer indebile haftenden bücherlichen Forderung.

[99]) GZ, 1908, č. 7, Karl Mayer, Zur Frage des Umfanges des Pfandrechtes.

[100]) GZ, 1909, č. 22, Dr. F. Tersch, Zur Frage der Auslegung des § 469 ABGB mit Bezug auf die Judikatenbuchentscheidung Nr. 188.

zápis, poněvadž zástavní právo zaplacením zaniklo. Tento zápis nemůže se na nikoho přenésti, poněvadž předmětem převodu jsou jenom práva. § 442 stanoví jasně i pro zástavní právo: nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet.

## § 9. Přípravy judikatury.

Tabulární prakse stála na stanovisku českého deskového práva. H a s n e r ve své příručce o deskovém zřízení cituje Nov. decl. Ee XIV. a vedle toho § 469 o. z. o., pravě, že deskové právo zástavní může se zrušiti pouze deskovým výmazem.[101]) Musi se to státi také při konfusi. Držitel může pak kapitál někomu jinému postoupiti.[102]) Pouhá kvitance bez tabulární doložky nepostačovala.[103]) Ale vedle toho již romanistické názory prokmitávaly. Při konfusi dostačovala pouhá žádost vlastníkova, aby se právo vymazalo.[104]) Pro kvitanci nebylo třeba výmazného prohlášení.[105]) Anebo se aspoň na kvitanci, k níž připojen byl rozsudek o exekučním právu zástavním, zahajoval sumární spor o tom, že pohledávka je zcela splněna, a že se extabulace může provésti.[106])

Sporná judikatura sdílela z počátku stanovisko deskové prakse. Mezi lety 1858—1869 vyšlo několik rozhodnutí, která stála na formalistické povaze zápisu. Zápis trvá, pokud se nevymaže. Žádá toho účel i povaha knih veřejných. Pohledávka

---

[101]) Josef H a s n e r, Handbuch der landtäflichen Verfahrens im Königreiche Böhmen, Prag, 1824, 807.

[102]) L. c., 402. Spisovatel užívá zde nesprávně místo »Konfuse« slova »Kompensace«.

[103]) Franz Johann K o p e z k y, Anleitung zu dem Verfahren in Grundbuchssachen, Wien, 1817, F ü g e r s adeliches Richteramt, 6. Aufl., v. F. E. Kalessa, Wien, 1842, 361.

[104]) Johann Michael S c h e i n, Von der Grundbuchsführung, Grätz, 1820, 126.

[105]) Der Jurist, 1845, 268, Dr. Johann S w o b o d a, Ueber die Erfordernisse löschungsfähiger Urkunden. (Dekret dolnorak. apelačního soudu z 22. VIII. 1843, č. 10.673.)

[106]) Zeitschrift für Rechtsgelehrsamkeit (ZRG), 1845/I, 339 a násl., Dr. Franz von M i n a s i e w i c z, Bemerkungen über die Frage: Wie ein Hypothekarschuldner nach der im Executionswege geleisteten völligen Befriedigung seiner Hypothekarschuld die Extabulirung derselben zu bewirken habe.

zaniká jen mezi stranami. Pro třetí osoby trvá zapsané právo až do svého výmazu.[107]) § 469 o. z. o. není obmezen jen na ty případy, má-li někdo ve veřejné knihy důvěru. Kdyby se to bylo zamýšlelo, bylo by se to v něm řeklo.[108]) I neplatí § 469 o. z. o. tam, kde veřejných knih není, jako v lombardském království[109]), Tyrolsku a Vorarlberku.[110]) Ani podle § 1446 o. z. o. nezaniká právo zástavní, sjednotí-li se dlužník i věřitel v jedné osobě.[111])

Víru ve veřejné knihy chránily rakouské rozsudky hned po vydání občanského zákonníka.[112]) V druhé polovici 19. století tato důvěra v rozsudcích převládá.[113]) Není ovšem žádné víry u dědice[114]) a obdarovaného,[115]) nabýval-li zaniklé pohledávky. Je však i při kauční hypotece. Její maximum je rozhodno, třeba by pohledávka zanikla. Jeť právě účel této hypoteky, aby pohledávka, již kryje, opětně vznikala a zanikala.[116]) Víra se chrání také pri neplatné pohledávce,[117]) při pohledávce bez valuty,[118]) rozsudkem oduznané[119]) a promlčené.[120]) Někdy žádá se i víra při konfusi.[121]) Nemůže ovšem býti řeči o víře cessionáře, zruší-li trestní nález vedle pohledávky i jeho právo v cessi.[122]) Také ne při zaznamenaném právu zástavním, poněvadž nebyl záznam

107) GUW, 611 (1/9 1858), 618 (15/9 1858), 1051 (10/1 1860), 1345 (18/6 1861), 1778 (1/9 1863).

108) GUW, 3557 (4/11 1869).

109) GUW, 2688 (29/3 1859).

110) GUW, 10326 (10/12 1879), 11601 (18/5 1887).

111) GUW, 3842 (4/8 1870), 10455 (4/3 1885), 11966 (10/11 1886), 11246 (10/11 1886).

112) Peitler, Sammlung von Entscheidungen, 187 (1837).

113) GUW, 1782 (3/9 1863, 2021 (23/11 1864), 2196 (31/5 1865), 2940 (4/12 1867), 3288 (11/2 1869), 3395 (28/4 1869), 4012 (11/1 1871), 4153 (4/5 1871), 4165 (11/5 1871), 4430 (9/1 1872), 4880 (18/2 1873), 6111 (21/4 1876), 6681 (4/12 1877), 7163 (3/10 1878), 8981 (10/5 1882), 11394 (5/1 1887), 13031 (3/12 1889).

114) GUW, 3070 (20/5 1868).

115) GUW, 7004 (29/5 1878).

116) SlNF. 6939 (7/5 1914).

117) GUW, 5377 (29/5 1874), 7644 (6/11 1879).

118) GUW, 8020 (17/6 1880).

119) GUW, 6681 (4/12 1877).

120) GUW, 7835 (20/1 1880).

121) GUW, 7058 (9/7 1878), 10589 (29/5 1889).

122) GUW, 13379 (27/8 1890).

spraven. Musiť se vymazati i všechny na něm povolené zápisy.[123])

S názory o povaze zápisů souviselo, že hned při vydání rakouského občanského zákonníka prakse ze zaplacených hypotečních míst zase úvěr si zjednává.[124]) Judikatura to na začátku 19. stol. odmítá,[125]) v druhé polovici tohoto století však již připouští. Právo zástavní lze na jiného převésti, třeba by mezitím bylo ve výmaz jeho svoleno.[126]) Kvitance může se vrátiti a vrácený dlužní úpis zase přijmouti.[127]) Strany mohou i beze všech formalit mezi sebou zástavní právo na jinou pohledávku převésti.[128]) Mohou právní poměr, který zaplacením pohledávky povstane, změniti, pohledávku obnoviti a na jiného převésti.[129]) Podle §§ 469 a 1446 o. z. o. může dlužník zaplacenou pohledávku dáti si postoupiti a a postoupenou pohledávku se zástavním právem nebo i bez něho na někoho jiného převésti. Stejně je proto možno, aby se tento postup provedl hned mezi starým a novým věřitelem, je-li tu dlužníkův souhlas.[130]) Právo změniti obligační poměr mají však jen původní strany. Byla-li pohledávka osobnímu dlužníkovi zaplacena, a přešel-li pak statek na nového držitele, nemůže tento i v dohodě s věřitelem zástavního práva zaplacené pohledávky ku krytí nového právního poměru použíti.[131]) Držitel zástavy nabývá však hypoteky, zaplatí-li ji, nejsa osobním dlužníkem. Dáváť mu zaplacení nárok na odstoupení práva dle § 1422 o. z. o.[132]) Jednoty v judikatuře však není, a jedno rozhodnutí stranám právo na disposici zaplacenou pohledávkou odpírá.[133]) Zejména se nepřipouští, aby osobní dlužník od věřitele cesse žádal. Má pouze právo na kvitanci.[134])

Pro exekuční právo zástavní nastalo v judikatuře rozdvojení.

---

[123]) GUW. 7360 (4/3 1870).

[124]) ZRG. 1826, I, 145, ZRG. 1846, I, 180.

[125]) ZRG. 1826, I, 145.

[126]) GUW. 1109 (28/3 1860).

[127]) GUW. 10378 (14/1 1885).

[128]) GUW. 14748 (27/6 1893).

[129]) GUW. 1659 (24/2 1863), 3067 (14/5 1868), 5084 (18/3 1873), 8749 (26/5 1880).

[130]) GUW. 3557 (4/11 1869).

[131]) GUW. 13085 (4/1 1890).

[132]) GUW. 9950 (26/3 1884).

[133]) GUW. 13835 (24/6 1891).

[134]) GUW. 15723 (19/2 1896).

Z počátku se trvalo na mínění, že i exekvent jedná v důvěře v knihy veřejné, bera hypoteční pohledávku do exekuce, jak ji v knihách zapsanou zří.[135]) Některá rozhodnutí však tomu odporovala, poněvadž prý exekvent na důvěru ve veřejné knihy odvolávati se nemůže.[136]) Zastavený statek musí se vyhraditi pohledávkám majitele. Mezi ním a superkondicentem není žádného vztahu, který by superkondicentovu důvěru ve veřejné knihy odůvodňoval.[137]) Na tuto důvěru může se odvolati jen ten, kdo se dal knihovním zápisem pohnouti k nějakému jednání a plnění. Toho není u exekventa.[138]) Rozpory tyto rozhodl judikát č. 143 na prospěch exekventa.[139])

Novým exekučním řádem nabyly však tyto rozpory nové posily. I za jeho platnosti rozhodovalo se z počátku, že v důvěře v knihy pozemkové nabývá se i zaplacená pohledávka.[140]) Ale v celku zaujato stanovisko nové. Kdo si dával pohledávku přikazovati ku vybrání, byl »procurator in rem suam« anebo mandatář, který vykonával jen práva věřitelova.[141]) Odchylné stanovisko odůvodňovalo se někde jako dříve, že důvěra ve veřejné knihy platí jen tomu, kdo se jimi k nějakému jednání neb plnění pohnouti dal.[142]) Mohlo se proto právo superkondicentovo, který právním jednáním mimo exekuci na zaplacené pohledávce svého práva nabyl, státi způsobilým předmětem další exekuce.[143]) Posléz rozhodl věc judikát č. 188. § 469 o. z. o. nemá platnosti, nabývá-li se na knihovním objektu zástavní právo exekuční. V důvodech jeho obmezuje se § 469 o. z. o. pouze na případ, kdy nabývá se právo zástavní právním jednáním. Takové obmezení platí i podle § 367 o. z. o. pro movitosti. Kdo uzavírá právní

---

[135]) GUW, 3865 (6/9 1870), 4012 (11/1 1871), 4153 (4/5 1871), 4165 (11/5 1871), 8456 (26/7 1881), 8981 (10/5 1882), 9252 (10/1 1883), 9318 (21/2 1883), 9797 (21/6 1882), 10252 (18/11 1884), 10379 (14/1 1885), 11813 (3/11 1887), 11823 (8/11 1887), 12273 (19/7 1888), 14735 (13/6 1893).

[136]) GUW, 6345 (5/1 1877), 11993 (11/1 1888).

[137]) GUW, 8346 (29/3 1881).

[138]) GUW, 8646 (10/7 1879).

[139]) GUW, 12359 (25/9 1888).

[140]) SINF, 887 (14/2 1900), 1175 (7/11 1900).

[141]) SINF, 742 (8/11 1899), 2255 (10/2 1903), 2895 (16/9 1903), 3767 (8/5 1907).

[142]) SINF, 1277 (7/2 1901).

[143]) SINF, 3908 (24/9 1907).

jednání o knihovním objektu, může věřiti knihovnímu zápisu o tomto objektu. Pozemková kniha není zpravodajství o majetku. Exekuce postihovala by tu jmění hypotekárního dlužníka, ne věřitele. Kdo má pohledávku přikázanou ku vybrání, jedná sice ve svém prospěchu, ale přece ne jako mandatář věřitelův. Proti němu lze tedy všechny námitky vznésti, které proti věřiteli mohou se činiti.[144]) Majitel hypoteky může proto naproti superkondicentovi žalobou o výmaz nastoupiti.[145])

Právo na vzestup zadních věřitelů (Vorrückungsrecht), zanikla-li přední pohledávka, judikatura zadním věřitelům nepřiznávala. Z § 469 o. z. o. neplyne, že ipso facto po tomto zániku vzestupují a právo na výmaz její mají. Spíše opak je z něho zřejmý.[146]) Hypotekární věřitelé nestojí mezi sebou v žádném právním poměru. Kdo se zapisuje později, seznává z pozemkové knihy, co již je před ním zapsáno. Přednost některé pohledávky je pouze nutný následek toho, že byla zapsána dříve.[147]) Zadní věřitelé si také ani nikdy netroufali, aby brali předchozí pohledávky v odpor. Činili tak pouze při rozvrhu nejvyššího podání.[148]) Jiný ojedinělý pokus judikatura odmítla.[149]) Toliko v stadiu rozvrhovém přiznávala legitimaci zadního věřitele, aby na základě kvitance sám za výmaz předchozího práva zástavního žádal,[150]) poněvadž prý jako tabulární věřitel na výmazu knihovní položky je interesován.[151]) I v rozvrhovém stadiu odpíraly již soudy zadním věřitelům právo, aby předchozí pohledávku brali v odpor, neučinil-li tak sám dlužník. Nemohli namítati, že je pohledávka tato nepravá, na př. jenom na oko.[152]) Nepovažovali se za legitimovány ku námitce, poněvadž se ani na původní smlouvě o pohledávce, ani při cessi nijak nesúčastnili.[153]) Byla-li pohledávka

[144]) SlNF. 4499 (13/1 1909). Jud. č. 188.

[145]) SlNF. 6435 (6/5 1913).

[146]) GUW. 5084 (18/9 1873).

[147]) GUW. 1051 (10/1 1860), 7163 (3/10 1878).

[148]) GUW. 1051, 1659, 3361, 3557, 5084, 6504, 7163, 8341, 8384, 8558, 8633, 8740, 9231, 9423, 13361, 13085, 13779, 14748, 15609, N. F. 785.

[149]) GUW. 10025 (6/5 1884). Viz též o poznámce spornosti 8760 (22/6 1880).

[150]) GUW. 10627 (8/7 1885).

[151]) GUW. 10658 (6/8 1885).

[152]) GUW. 1051 (10/1 1860), 6504 (19/6 1877), 7417 (16/4 1879).

[153]) GUW. 7163 (3/10 1878), 14748 (27/6 1893).

zaplacena, a zaplacení mezi stranami změněno, dotýkalo se to jenom poměru mezi stranami, a zadní věřitelé nemohli to naříkati.[154]) Co se v rámci zástavního práva mezi dlužníkem a zástavním věřitelem jedná, nedotýká se jiných zástavních věřitelů. Nemohou-li novaci bráti v odpor, nelze nahlédnouti, proč by mohli odporovati ujednání věřitele a dlužníka, kterým se zástavní právo za dřívější pohledávku zachovává pro pohledávku novou.[155]) Naopak ovšem zase se uznává, že novace týká se pouze poměru existentního. Zákonu odporuje, aby se zaniklé právo zase obnovovalo. Zadní věřitelé mohou proto, třeba by nebyli dlužníky, vznésti nárok, že předchozí pohledávka zaplacením zanikla.[156])

Třeba by se však zadní věřitelé vylučovali, aby do právního poměru mezi stranami zasahovali, připouštěli se k námitkám proti zástavnímu právu. Mohli se tomu brániti, aby část nejvyššího podání byla někomu k jich škodě přikázána, komu pohledávka v knihovní výši nepříslušela.[157]) I připouštělo se, aby pro neplatnost bylo v odpor bráno předchozí právo zástavní s pohledávkou[158]) a docela i vedle pohledávky i právo nadzástavní.[159])

Legitimace zadních věřitelů k odporu chtěla se i odpůrčím zákonem ze dne 16. března 1881 č. 36 ř. z. podepříti.[160]) Než tento odpůrčí zákon práv zadních věřitelů nijak nepolepšil. Práva na vzestup mimo exekuci jim nezjednal. Mohliť předchozím právům teprvé tehdy odporovati, bylo-li zřejmo, že je poškozují. To zjistilo se však teprvé až při exekuci.[161]) Někdy se také ovšem i mimo exekuci žaloba připouštěla.[162]) Protistrana odporovatele mohla však nabyté právo při samém dražebním rozvrhu tím způsobem zmařiti, že se svého zástavního práva vzdala. Rozvrh provedl se pak podle knihovního stavu bez ohledu na právo navrhovatele.[163])

---

[154]) GUW, 1659 (24/2 1863), 3067 (14/5 1868), 3557 (4/11 1869), 5084 (18/9 1873).

[155]) GUW, 8749 (26/5 1880).

[156]) GUW, 13085 (4/1 1890), N. F. 3224 (22/11 1905).

[157]) GUW, 8384 (4/5 1881), 8558 (17/11 1881), 13361 (30/7 1890).

[158]) GUW, 8633 (19/6 1879).

[159]) GUW, 14103 (3/2 1892).

[160]) GUW, 15609 (30/10 1895).

[161]) GUW, 11419 (1/2 1887), 15145 (13/6 1894).

[162]) GUW, 13716 (9/4 1891).

[163]) NF. 2599 (4/2 1904).

Ani dle čl. XXVIII. uvoz. zákona k ex. řádu nepřiznávala judikatura zadním věřitelům právo na vzestup. Viděla ť v tomto článku jen právo zadního vymáhajícího věřitele, aby provedl právo vlastníkovo na výmaz předchozí pohledávky, zanikla-li zaplacením nebo jiným způsobem. Vydal-li již předchozí vymáhající věřitel kvitanci nebo výmazné prohlášení, vyhověl své povinnosti.[164]) Podle čl. XXVIII. bylo také lze výmazu jen tehdy se domáhati, nemuselo-li se na neplatnost právního titulu pohledávky žalovati,[165]) ač jiné rozhodnutí zase připouštělo, aby se všechny důvody neplatnosti práva zástavního prováděly.[166])

## § 10. Zákonodárné přípravy.

Jakousi přípravnou formu vlastníkovy hypoteky v poznámce pořadí pro příští zápůjčku zavedl v Rakousích pod Enží, nad Enží a v Solnohradě zákon ze dne 12. srpna 1851 č. 184 ř. z. Notářský řád ze dne 29. září 1850 č. 368 ř. z. předpisoval ve svém § 3, že zápisy do veřejných knih mají se díti pouze na základě notářských spisů anebo veřejných listin. Poněvadž však při dlužních úpisech teprvé po jejich zapsání do veřejných knih valuta jejich byla vyplácena, nemohli notáři dlužní listy o zápůjčkách sepisovati, poněvadž v notářských spisech vyplacení zápůjček potvrzovati nesměli. Nařízení ze dne 12. srpna 1851 č. 184 ř. z. pro svrchu uvedené země vydané mělo těmto svízelům odpomoci. Připouštělo poznámku pořadu pro zápůjčky, které se měly uzavříti. Musilo však již jméno věřitelovo býti uvedeno. Obmezení toto odpadlo v nařízení pro uherské země ze dne 4. srpna 1859 č. 147 ř. z. Byl to vzor pro pozdější poznámku pořadu v § 53—55 knih. zák. Podle výslovného znění cit. zákona (§ 6) mohl do lhůty 60 dní v pořadí poznámky pořadu zapsati právo zástavní každý vlastník, na něhož nemovitost mezitím byla převedena.[167]) V těchto případech nejde tedy o vlastníkovu

---

[164]) N. F. 2897 (5/9 1903).

[165]) N. F. 1783 (26/2 1902).

[166]) N. F. 1256 (8/1 1901).

[167]) Ludwig Freiherr von H a a n, Studien über Landtafelwesen, Wien, 1866, 240 a násl., Dr. Adolf K l e p s c h, Das österreichsche Tabularrecht, Prag, 1862 93, Dr. A u s s e z, Handbuch über Tabular-Verfahren, Klagenfurt, 1857, 19, E x n e r, Das österr. Hypothekenrecht, II. 664, B r u c k 17.

hypoteku již hotovou. Je zde pro ni teprvé zřízeno pořadí. Pořad, který se pro ni zakládá, zjednává jí v knihách pozemkových místo. Vlastník jím však dle své vůle disponuje.

Také založený již pořad zástavního práva, které se mezitím vymazalo, chtěl se pro novou pohledávku rakouským zákonodárstvím zachovati. Když podávána byla r. 1869 v panské sněmovně předloha nyní platného knihovního řádu, byla v jejím § 16 za poznámkou přednosti (nyní § 30) zařaděna poznámka výhrady pořadí (Anmerkung des Vorbehaltes der Rangordnung) vymazaného práva zástavního pro pohledávku novou. Hypotekární dlužník mohl za ni žádati před tím, než výmaz práva zástavního byl vložen a vložiti do 60 dnů nové právo zástavní v pořadí vyhraženém.[168]) Právnická komise panské sněmovny poznámku tuto odmítla. Byla jí polovičním opatřením a odporovala platné soustavě hypotekární.[169]) Člen komise svob. pán Symonowicz podal pro poznámku minoritní votum a hájil je při debatě. Mínění jeho zastával i Pratobeveřa a ministr spravedlnosti Herbst. Odpůrci trvali na akcessorní povaze práva zástavního a poukazovali na naději zadních věřitelů, že pohledávka, která jim předchází, časem bude zaplacena. Symonowicz spatřoval v tom výhodu, ponechá-li se dlužníkovi staré místo, aby ho pro sebe užil, peníze si opatřil a tak exekuci a kridě ušel. Herbst citoval příslušný § pruského návrhu o vlastníkově hypotece a dluhu pozemkovém. Předloha nejde tak daleko. Chce pouze to provésti, co se fakticky děje, když totiž dlužník cessionáře najde. V takovém případě odstupuje hypotekární věřitel svou pohle-

---

168) Kaserer, Die Reichsgesetze, XV. 141, Regierungs-Vorlage des Grundbuchsgesetzes: § 16.: »Wird das für eine Forderung auf einer Liegenschaft oder auf einer Forderung haftende Pfandrecht gelöscht, so kann der Hypothekarschuldner, wenn er vor der Einverleibung der Löschung darum ansucht, die Anmerkung des Vorbehaltes der Rangordnung für seine neue Forderung erwirken. Diese Anmerkung ist nur auf 60 Tage wirksam, und nach dem Ende ihrer Wirksamkeit von Amtswegen zu löschen. Innerhalb der bezeichneten Frist kann vom Hypothekarschuldner oder mit Zustimmung desselben die Eintragung des Pfandrechtes in der Rangordnung des gelöschten Pfandrechtes für die neue Forderung erwirkt werden, wenn diese an Capital und Nebenverbindlichkeiten die Höhe der Forderung, für welche das gelöschte Pfandrecht eingetragen war, nicht übersteigt.«

169) Kaserer l. c., 250.

dávku. Jsou však věřitelé hypotekární, kteří ze zlomyslnosti, svévole aneb z té příčiny, aby držitele hypoteky zničili, k tomu nepřivolí. Chtějí exekvovati. Proč by nemělo to, co všichni konají a co vlastně jen v jiné formě se děje, nyní také v legální formě se díti? Osnova není v odporu s řízením hypotekárním. Při důvěře v knihy pozemkové nabývá se pohledávka i zaniklá, proč by to nemělo platiti i pro dlužníka, na kterého přece v první řadě třeba hleděti! Nikdo se tím nepoškodí, naopak mnoho výhod se získá. Zadní věřitelé nemohou zabrániti, aby pohledávka nebyla postoupena, stejně nic se na ní nezmění. zůstane-li v rukou dlužníka. Hypoteka se tím nepohorší. Nabude-li se hypoteka v naději, že stoupne v hodnotě, ježto kolem pojede dráha nebo na blízku bude stavěti se továrna, nedává sklamaná naděje žádného nároku na náhradu. Tak i vyhlídka , že předchozí pohledávka bude uspokojena a zanikne, nemůže býti rozhodnou. Věřitel nemá žádného práva na postup. Toto právo i dlužník může zmařiti, že jeho pohledávku zaplatí. Věřitel zadní nemá práva na postup, má jen právo nástupu na místo vskutku uvolněné. Není však překážky, aby zákon tento nástup oddálil. Osnova omezuje to na 60 dní, a tím padá všechno nebezpečí zneužiti. I dnes se to již všude děje. Zhotovují se listiny, které pravému stavu věci neodpovídají, a praktická potřeba nutně k tomu vede. Upraví-li se však to zákonem, přijde věc do knih, jak se jeví ve skutečnosti, a v tomto jest podstatný pokrok. V závěrku upozorňuje Herbst, že sněmovna přijala poznámku pořadu a že v podstatě poznámka tato rovná se poznámce, která má býti usnesena. Jest to stejné, zachová-li se pořadí pohledávce před pohledávkami, dosavade nezapsanými, aneb užije-li se k tomu pohledávka, budoucně zapsaná, ostatním budoucně zapsaným předcházející. Minoritní návrh Symonowiczův byl však dne 22. března 1870 zamítnut a dnešní znění § 30. knihov. zák. o poznámce přednosti přijato.

Vlastníkova hypoteka musela býti spatřována také podle § 50 zák. ze dne 19. května 1874 č. 70 ř. z. v zástavním právu dráhy pro prioritní železniční obligace. Toto zástavní právo musí býti zřízeno dříve, než tyto obligace přijdou do oběhu. Tedy pokud je má dráha ve své držbě, má zástavní právo na své vlastní věci.[170]) Vlastníkova hypoteka jeví se dále v zástavním právu,

[170]) Bruck, Die Eigentümerhypothek, 56, Zeitschr. f. Notariat

které dlužník zřídí pro majitele dílčích dlužních úpisů podle § 11 zák. ze dne 24. dubna 1874 č. 49 ř. z. Úpisy tyto nesmějí býti dříve vydány, pokud zástavní právo není pro ně na zastavených objektech zapsáno. Získá-li jednotlivec dílčí dlužní úpis, získá i zástavní právo (§ 13). Zástavní právo zapíše se všeobecně pro pohledávky z těchto dlužních úpisů. Pokud se dlužníkem nevydají, je tu vlastníkova hypoteka.[171]) Naproti tomu nelze vlastníkovu hypoteku spatřovati ve vojenské svatební kauci, jíž vlastník na svém majetku pojistil. Zajišťujeť tato kauce vedlejší příjem a případně výživu vdovy. Není tedy zřízena pro vlastníka a nepodléhá také jeho disposici.[172])

Další průprava vlastníkovy hypoteky připojuje se ke konversi soukromých pohledávek. Konverse tato vyšla z konverse dluhů státních. Stát chtěl jí ulehčiti úrokové břímě svých dluhů. Konversí soukromých pohledávek chtělo se ulehčiti úrokové břímě dluhů soukromých. Státní správa vyšla jim vstříc, osvobozujíc konverse od kolků a poplatků.[173]) Ve schůzi říšské rady dne 9. prosince 1880 vyzývá hr. Hohenwart vládu, aby ještě v IX. zasedání podala předlohu zákona, kterým by se polepšilo povážlivé postavení selského lidu. Min. předseda hr. Taaffe zodpověděl toto vyzvání ve schůzi dne 25. ledna 1881. Jedna z příčin, proč je selský lid zadlužen, jest vysoký úrok jeho dluhů. Vláda chce proto ulehčiti konversi selských dluhů v dluhy s nižší mírou

---

(ZN), 1910, 336, Dr. Heinrich Touaillon, Die Anmerkung der Rangsordnung, Zeitschr. f. Volksw., Sozialwiss. u. Verwaltung 1893, II, 510, Dr. Walter Schiff, Die Convertierung der Hypothekarschulden und das österr. Civilrecht, Exner Das österr. Hypothekenrecht, II, 1881, 665.

[171]) Schiff, l. c. 519, Bruck 57, ZN, 1910, 336 Tonaillon, Dr Heinrich Bartsch, Das allgem. Grundbuchgesetz, 3. Aufl., 688 GZ, 1901, č. 31, 32, Dr. Eduard Fischer-Colbrie, Zur Frage der Anfechtung von Hypotheken durch Nachhypothekare.

[172]) GZ, 1901, č. 32, 33, Fischer-Colbrie, l. c., Dr. Ferdinand Schmid, Das Heeresrecht der österr.-ungar. Monarchie, Wien-Leipzig, 1803, 138, Bartsch, l.. c. § 207, Krainz-Ehrenzweig, System der österr. allgem. Privatrecht, Wien 1917, 37 a násl.

[173]) Elster, Wörterbuch der Volkswirtschaft, Jena, 1911, II, 931, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Jena, 1910, VI, 160 a násl., Konversionen, Mischler-Ulbrich, Oesterreichisches Staatswörterbuch, Wien 1909, 4, 204, Schuldenkonvertierung.

úrokovou a sleviti z ní poplatky.[174]) Vynikající úvěrní ústavy rakouské, tak rakouskouherská banka, kreditní ústav pozemkový a banky haličské jsou ku snížení úrokové míry ochotny.[175]) O konversi snaží se obzvláště haličské volební okresy. Na říšskou radu podává se za tím účelem 51 petic. V poslanecké sněmovně dne 30. března 1881 činí hr. Starzeński dotaz na min. financí Dunajewského, jak se má věc s poplatkovou úlevou při konversi. Poslanecká sněmovna odkazuje dotaz poplatkovému výboru.[176]) Návrh jeho přijímají obě sněmovny[177]) a stává se z něho zákon ze dne 11. června 1881 č. 59 ř. z. Zákon tento má ráz výjimečný. Finanční správa skýtá jím pro konversi poplatkové výhody. Chce ji vyvolati. Jak se má prováděti, o tom se však nevyslovuje. Není to také úkol zákona. Jeť to pouze zákon poplatkový. Prakse provádí konversi, je-li zde nový věřitel, cessí. Než již průvodní poznámky osnovy zmiňovaly se o tom, že stará položka může se vymazati a nová zapsati.[178]) V zákoně samém osvobozovala se od poplatků kvitance, vtělí-li se do pozemkových knih za stejný obnos nové právo zástavní. (§ 1 odst. 1.). Toto nové vtělení bylo patrně jen tehdy možno, nenásledovaly-li nové závady za zástavním právem, které se vymazalo. Konverse musila vésti také ke formám knihovním. Běžné formy nemohly ji vyhověti. Brzy pociťovalo se to i v praksi. Peněžní ústavy skoro bez výjimky žádaly, aby se při konversích zapsalo zástavní právo za pohledávku novou na základě nových dlužních úpisů. I bylo třeba, aby se závady mezi starým a novým právem zástavním buď vymazaly nebo před nimi přednost získala. Poněvadž to namnoze nebylo možno, minulo se poplatkové dobrodiní pro konverse svého cíle. I bylo nutno, aby se konverse umožnila novou formou knihovní.[179]) V Krakově, kdež dříve platil »code civile«, připadlo se na myšlenku, aby se knihovní obdobou francouzské »sub-

[174]) Stenograph. Protokolle des Abgeordneten-Hauses, IX. Session, IV., 3440.

[175]) L. c., V., 4709.

[176]) L. c. VI., 5015.

[177]) L. c. VI, 5898, Beilagen des Abgeordnetenhauses 362, Stenograph. Protokolle des Herrenhauses, IX. Session, 579, Beilagen, 154, 163.

[178]) Beil., Abgeordn., IX. Session, 332. 3.

[179]) Stenographische Protokolle des Abgeordnetenhauses, IX. Session, 9151.

rogace« dle čl. 1251 cod. civ. odpomoc zjednala.[180]) I vyzval r. 1882 haličský sněm vládu zvláštní resolucí, aby ke knihovnímu zákonu podala zvláštní novelu o knihovní subrogaci dle čl. 1251 cod. civ., ve velkovévodství krakovském kdysi platného. Vláda však přenechala iniciativu poslancům haličským.[181]) V poslanecké sněmovně podává tedy dne 16. února 1883 Dr. Raczyński návrh zákona, kterým mají býti předpisy knihovního zákona ze dne 25. července 1871 č. 95 ř. z. o knihovních poznámkách rozšířeny. Byla to poznámka konverse, zachovávající do 60 dnů pořadí práva nevymazaného novému právu za pohledávku hypotečního úvěrního ústavu, spořitelny a ústavu ve veřejné správě nebo veřejného účtování, jakož i podobného fondu, je-li úrok nové pohledávky trvale snížen.[182]) Odůvodňuje svůj návrh v poslanecké sněmovně ukazoval Raczyński na přechod zástavního práva při novacích dle § 1378 o. z. o. a na svrchu uvedený § 16 o poznámce výhrady pořadí pro novou pohledávku, navrhované při knihovním zákoně.[183]) Návrh Raczyńského přikázán byl justičnímu výboru.[184]) Tento uvažoval zase o tom, aby obnovil se § 16, jejž panská sněmovna dne 22. března 1870 odmítla. Než nepřistoupil na to, poněvadž platné právo stojí na zásadě, že zástavní právo je accessorium pohledávky. § 16 zavedla by se do něho, jemu odporující novota. Výbor se také obával, že by postavení zadních věřitelů ještě více se pohoršilo. Této nové formy ještě snáze, než se děje cessemi, dalo by se zneužívati ke konversi zaplacených, ale nevymazaných pohledávek. Samostatný návrh, který justiční výbor vypracoval, v jakési tuše příštího

---

180) Viz I. díl, § 2 pozn. 162.

181) CB, 1883, 261, Dr. Emil Strohal, Die Eigenthümer-Hypothek in österr. Recht.

182) Beil., Abgeordn., IX. Session, 652: § 1: Wird auf eine Liegenschaft oder auf eine Forderung, welche auf einer Liegenschaft pfandrechtlich sichergestellt ist, das Pfandrecht für eine neue Forderung eingetragen, so kann der Hypothekarschuldner verlangen, dass gleichzeitig mit deren Eintragung die beabsichtigte gänzliche oder theilweise Löschung des Pfandrechtes für eine in der bücherlichen Rangordnung vorangehende Forderung mit dem Vorbehalte dieser Rangordnung für die neue Forderung angemerkt werde (Anmerkung der Convertierung) . .

183) Stenographische Protokolle, Abgeordnetenhaus, IX. Session, 9151. Viz též pozn. 168.

184) Stenogr. Prot., 9151.

vývoje, předstihuje již účely konverse. Knihovní formy, které navrhuje, nejsou vázány na to, aby nová pohledávka měla nižší úrokovou míru než pohledávka stará. Jen to má býti z listiny patrno, že zápůjčka byla u určitých ústavů kontrahována, aby jí zaplacena byla pohledávka stará. Knihovní forma je hypotekární sukcesse. Provádí ji vlastník nebo s jeho svolením někdo jiný. Nově vtělené právo zástavní má míti pořad starého práva zástavního, vymaže-li se toto současně se zápisem nového anebo aspoň do 60 dnů po provedení poznámky, že nové právo zástavní vstupuje v pořadí starého, jakmile se toto vymaže.[185]) Tato poslední forma stížena byla tím, že při včasném podání žádosti za výmaz starého práva zástavního, musilo býti ještě zvlášť vysloveno, že nové zástavní právo v pořadí starého vstupuje.[186]) Justiční výbor řešil ve svém návrhu i případy superkondikci[187]) a simultánního zavazení[188]) při starém právu zástavním. Posla-

---

[185]) Beilagen des Abgeordnetenhauses, IX. Session, 964. 3, Gesetz vom ... betreffend die grundbücherliche Eintragung eines neuen Pfandrechtes in der Rangordnung eines bereits haftenden Pfandrechtes. I. c., 2, 3 § 1: Wird auf eine Liegenschaft, welche einen Gegenstand des Grundbuches bildet, das Pfandrecht für eine neue Forderung eingetragen, so kann der Hypothekarschuldner, oder mit dessen Zustimmung ein Dritter begehren, dass das neue Pfandrecht in der Rangordnung eines auf derselben Liegenschaft bereits einverleibten Pfandrechtes, bezüglich dessen zugleich die Einverleibung der Löschung erfolgt, eingetragen werde. Wird die Einverleibung der Löschung des bereits einverleibten Pfandrechtes nicht zugleich mit der Eintragung des neuen Pfandrechtes erwirkt, so kann der Hypothekarschuldner oder mit dessen Zustimmung der Dritte zugleich mit der Eintragung des neuen Pfandrechtes die bücherliche Anmerkung verlangen, dass im Falle die Einverleibung der Löschung des bereits haftenden Pfandrechtes binnen sechzig Tagen nach Bewilligung der Anmerkung erwirkt wird, das neue Pfandrecht in die Rangordnung des zu Löschung gelangenden Pfandrechtes eintrete.

[186]) L. c., § 3, § 2.

[187]) L. c., § 3: Ist das zu löschende Pfandrecht belastet, so kann die Eintragung des neuen Pfandrechtes in der Rangordnung des ersteren beziehungsweise der Eintritt des neuen Pfandrechtes in diese Rangordnung nur bewilligt werden, wenn die Löschung der Belastung einverleibt, oder die Belastung mit Zustimmung der Betheiligten auf das neu eingetragene Pfandrecht einverleibt wird.

[188]) L. c., § 4: Haftet das zu löschende Pfandrecht auf mehreren Liegenschaften, so kann die Eintragung des neuen Pfandrechtes in der

necká sněmovna návrh justičního výboru dne 24. května 1884 v druhém i třetím čtení přijala.[189]) Panská sněmovna přikázala návrh poslanecké sněmovny právnické komisi. Tato vyslovila se proti návrhu. Zdálo se jí, že výhrada knihovního pořadí práva zadních věřitelů příliš se dotýká, a naopak, že není dostatečného důvodu, aby se tato výhrada jen některým věřitelům skytala, jiným však odpírala. Navrhla protož, aby panská sněmovna přes návrh poslanecké sněmovny přešla k dennímu pořádku. Zároveň však vyzvala vládu, aby sama podala pro konversi hypotečních kapitálů s vysokými úroky návrh zákona, který by se se zákonem knihovním, pokud možno, formálně i materielně shodoval.[190]) Debata, která o tomto návrhu právnické komise dne 27. února 1885 v panské sněmovně se rozpředla, vynesla mnohé i pro konversi, i pro vlastníkovu hypoteku. Proti návrhu mluvil Jiří kníže Lobkovic. O návrhu poslanecké sněmovny vyslovilo se v soukromém rozhovoru, že se hodí jen na poměry jedné země. Řečník promlouvá však o stejných poměrech v Čechách. Dlužní 5%ní úpisy hypoteční banky stojí nad pari. Hypoteční banka má právo vydávati úpisy 4%ní, kterých však lze užiti jen při nových zápůjčkách. V osnovu nového statutu hypoteční banky pojal se také předpis, že zadní věřitelé v konversi svoliti musí, a že svolení toto majitel hypoteky musí si od nich opatřiti. Dle zprávy komise hypoteční banky ze dne 7. srpna 1883 zamýšlí však vláda ulehčiti konversi zachováním pořadí starých pohledávek poznámkou konverse. Při debatě vzpomínal i správce ministerstva spravedlnosti baron Pražák zase § 16 knih. zákona, panskou sněmovnou odmítnutého. Vláda jím chtěla již tehdy vyhověti nutkavé potřebě, aby se vysoké úroky pohledávek v nižší konvertovaly. Neopomenul také připomenouti, že v justičním výboru poslanecké sněmovny poslanec, který místo Raczyňského referát převzal, reasunování § 16 žádal. Vláda přispívala justičnímu vý-

---

Rangordnung des ersteren, beziehungsweise der Eintritt des neuen Pfandrechtes in diese Rangordnung nur dann bewilligt werden, wenn das ältere Pfandrecht hinsichtlich aller Liegenschaften, auf welchen es haftet, gelöscht wird, und wenn die neue Belastung, falls sie nicht blos hinsichtlich einer dieser Liegenschaften erwirkt wird, durch eine simultan haftende Forderung erfolgt.

189) Stenograph. Protokolle, Abgeordnetenhaus, IX. Session, 13.143.

190) Beilagen, Herrenhaus, IX. Session, 521.

boru blahovolnou pomocí. Ve zvláštní anketě vyslechla vrchní zemské soudy, které se pro návrh vyslovily.[191]) Velice významné bylo i prosloveni samého zpravodaje panské sněmovny. Převzal jej, nikoli s nadšením kníže Lobkovic, chtěje loyálně zastávati návrhy komise. Účel, který se navrhuje poslaneckou sněmovnou, jak uváděl, může se dosáhnouti i samostatnou hypotékou podle jejího vzoru v Meklemburku, Bremách a Lubeku, hypotekární sukcessi anebo přepisem zaplacené hypoteční pohledávky na své jméno.[192]) Panská sněmovna návrh komise přijala.[193])

Vláda, vyhovujíc výzvě panské sněmovny, podala v této sněmovně dne 16. února 1886 novou předlohu »o knihovním zápisu

---

[191]) Stenograph. Protokolle, Herrenhaus, IX. Session, 1623—1628.

[192]) L. c., 1629: Was der Zweck des Beschlusses des Abgeordnetenhauses bei dem hier beantragten Gesetze war, ist dem hohen Hause bekannt. Dieser Zweck kann nun, abgesehen vom Detail der Ausführung, im Grossen und Ganzen auf mehrfache Weise realisiert werden. Zunächst, wie der Beschluss des Abgeordnetenhauses vorschlägt, durch den sogenannten Vorbehalt der Rangordnung, welcher darin besteht, dass, sobald eine vorangehende Hypothek gelöscht wird, binnen einer bestimmten Zeit an Stelle der gelöschten Hypothek eine andere billig zu verzinsende Hypothek eingetragen werden kann. Dieser Zweck kann aber auch noch dadurch erreicht werden, dass sich die Gesetzgebung nach dem Vorgange anderern Gesetzgebungen, namentlich der in dieser Richtung gewiss mustergiltigen Hypothekargesetzgebung für Mecklenburg, dann jener in Bremen und Lübeck entschliesst, geradezu die Selbständigkeit der Hypothek auszusprechen, so dass der Hypothekarbesitzer berechtigt wäre, auf seinem eigenen Besitz auf eigenen Namen eine Hypothek eintragen zu lassen, den Hypothekarschein zu beheben und sodann durch Weiterbegebung desselben, zu einer Zeit, wo ihm dies notwendig und wünschenswerth erscheint, sich das erforderliche Geld zu verschaffen. Derselbe Zweck könnte aber auch dadurch erreicht werden, dass ohne Anerkennung der Selbstständigkeit der Hypothek mindestens eine Succession in der Hypothek gesetzlich anerkannt würde, welche im österreichischen Rechte gleichfalls bisher unbekannt ist. Endlich liesse sich dieser Zweck auch noch dadurch erreichen, dass dem Hypothekarbesitzer das Recht gewährt würde, auf Grund der Quittung über eine rückgezahlte Hypothekarschuld die Letztere auf seinen Namen umschreiben zu lassen, und die also auf seinen Namen umschriebenen Hypothekarforderung im Wege der Cession weiter zu begeben.

[193]) L. c., 1630.

nového práva zástavního v pořadí práva zástavního již váznoucího«. Přijala návrh poslanecké sněmovny za svůj, jednak jej zlepšujíc a jednak zhoršujíc. Zlepšila jej, vyloučivši obmezení jeho pouze na jisté ústavy. Zhoršila jej, skytnuvši zadním věřitelům pro rozvrh nejvyššího podání právo odporu proti novému právu zástavnímu z důvodu, který proti starému zástavnímu právu mohl býti vznášen. V motivech vrací se vláda zase k odmítnutému § 16, ale nechce jej obnoviti. Účel návrhu Raczyńského, k němuž předloha poukazuje, byl pouze, aby se konverse ulehčila.[194]) Panská sněmovna přikázala osnovu právnické komisi, která ji přepracovala. Z osnovy »Gesetz vom ... betreffend die grundbücherliche Eintragung eines neuen Pfandrechtes in der Rangordnung eines bereits haftenden Pfandrechtes« stala se nyní osnova »Gesetz vom ... betreffend die Convertierung von Hypothekarforderungen der zur Ausgabe von Pfandbriefen berechtigten Anstalten und die grundbücherliche Eintragung eines neuen Pfandrechtes in der Rangordnung eines bereits haftenden Pfandrechtes«.[195]) Právnická komise panské sněmovny spojila ve svém návrhu obé, i konversi, i vklad nového práva zástavního v starém pořadí, ale v jiných formách a v starém obmezení na ústavy. Konverse pohledávky některého ústavu s vyššími úroky na pohledávku téhož ústavu s úroky nižšími provádí se poznámkou v knihách pozemkových.[196]) Zápis práva zástavního za novou pohledávku v pořadí práva zástavního za pohledávku starou provádí se za současného výmazu práva zástavního za tuto pohledávku aneb což bylo význammou novotou návrhu, zápisem nového práva zástavního v pořadí práva zástavního za pohledávku starou pod tou výminkou, že zapisované právo zástavní nabývá účinnosti, vloží-li se výmaz práva zástavního za pohledávku starou do šesti měsíců.[197]) Hlavním vodítkem bylo

---

194) Beilagen, Herrenhaus, X. Session, 20, Stenograph. Protokolle, Herrenhaus, X., Session 63.

195) Beilagen, Herrenhaus, X. Session, 238.

196) L. c., § 1.

197) L. c., § 2: Wenn bezüglich eines auf einem Grundbuchsobjecte zu Gunsten einer unter öffentlicher Aufsicht stehenden, nach ihren statutarischen Zwecken Creditgeschäfte betreibenden Anstalt haftenden Pfandrechtes die Einverleibung der Löschung begehrt wird, so kann der Hypothekarschuldner gleichzeitig das Begehren stellen, dass auf demselben Grundbuchsobjecte in der Rangordnung des zur Löschung gelan-

právnické komisi při tomto návrhu, aby nebylo užito zaplacených již pohledávek ani ke konversi, ani ku zápisu nového práva zástavního v pořadí práva starého. Jiné náhledy chtějí hypotekární úvěr mobilisovati, zástavní zápis od každé konkretní, jeho podklad tvořící pohledávky vyprostiti, zásadu, která v § 449 o. z. o. je vyslovena, zrušiti a v rakouském právu knihovním radikální novotu zavésti, jak byla zamýšlena v § 16 vládou navrženého knihovního zákona, v panské sněmovně však odmítnuta.[198]) Osnova má však na mysli, jak praví, »den realen Bestand« pohledávky.[199]) To ji vede také k tomu, že obmezuje konversi pouze na ústavy, které mají právo vydávati zástavní listy a zápis nového práva zástavního v pořadí starého na tyto ústavy a dále na ústavy, pod veřejným dohledem stojící a podle stanov úvěrní obchody provozující. Ale ani tato jejich vlastnost jí nedostačuje. Žádá ještě u každého z těchto ústavů, aby připojily ku knihovní žádosti legalisovaný výtah ze svých knih o skutečné výši konvertované nebo vymazané pohledávky.[200]) Vynikajícím zástupcem samosprávy Jiřím knížetem z Lobkovic musil pak k tomuto jejímu požadavku v plenu panské sněmovny dne 11. května 1888 býti navrhován dodatek, aby zůstalo při ulehčení legalisace podle zákonu ze dne 4. června 1882 č. 62 ř. z., kde jde o dohled zemí a okresů.[201])

V něčem nelpí právnická komise na »skutečném stavu« pohledávky. Chce chrániti zájem zadních věřitelů, ale při tom béře ohled na to, že zástavní listy s nižším úrokem budou kursovně převyšovati konvertovanou pohledávku s vyššími úroky.

---

genden Pfandrechtes für eine andere Anstalt der bezeichneten Art das Pfandrecht für eine neue Forderung eingetragen werde. Auch ohne gleichzeitiges Begehren um Einverleibung der Löschung des haftenden Pfandrechtes kann der Hypothekarschuldner das Begehren stellen, dass in der Rangordnung dieses Pfandrechtes das Pfandrecht für eine neue Forderung zu Gunsten einer A n s t a l t der bezeichneten Art m i t d e r B e s c h r ä n k u n g eingetragen werde, dass derselbe nur für den Fall Rechtswirksamkeit erlange, als b i n n e n s e c h s M o n a t e n nach der Bewilligung der Eintragung des neuen Pfandrechtes d i e L ö s c h u n g des älteren Pfandrechtes einverleibt wird.

[198]) L. c., str. 2, 3.

[199]) L. c., str. 3.

[200]) L. c., § 1—14.

[201]) Stenographische Protokolle, Herrenhaus, X. Session, 642.

I má, jak praví, ve svém návrhu »zur Sicherung der nachfolgenden Gläubiger« předpis, že nová pohledávka může starou o 5% převyšovati.[202]) Formálně vadný je v tomto návrhu předpis, že po včasně podané žádosti za výmaz starého práva zástavního soud v povolovacím výměru vyslovuje, že nové právo zástavní stalo se účinným. Splnění výminky nastupuje samo sebou, a není k tomu třeba žádné deklarace materielního práva úřadem, který zápis povoluje.[203]) Z dřívější osnovy s malou změnou přešly do nového návrhu i předpisy o superkondikcích a simultánním zavazení starého zástavního práva.[204])

Panská sněmovna se svrchu uvedeným dodatkem Jiřího knížete Lobkovice návrh zákona ve schůzi dne 11. května 1888 ve třetím čtení přijala.[205]) To stalo se na návrh justičního výboru[206]) dne 2. června 1888 také v poslanecké sněmovně.[207]) Když se mu dostalo sankce, stal se zákonem ze dne 14. června 1888 č. 88 ř. z. Pro knihovní formy, které se pro konversi vytvořily, vyšel zákon o konversi z poplatkového zákona ze dne 11. čevrna 1881 č. 59 ř. z. Osvobozování poplatků pro konversi šlo odtud svou samostatnou cestou.[208]) Skýtalo se jen na čas, až zákon ze dne 22. února 1907 č. 41 ř. z. stanovil je všeobecně pro budoucnost vůbec.

Když se dne 6. prosince 1899 jednalo v poslanecké sněmovně o další prodloužení poplatkových výhod pro konversi, usnesla se tato sněmovna na resoluci, aby vláda podala novou předlohu konversního zákona.[209]) Vláda podává takovouto předlohu této sněmovně dne 20. září 1905.[210]) Trvá v ní zase na

[202]) L. c., str. 3, § 1, 4.

[203]) L. c., § 6.

[204]) L. c., § 7, 8.

[205]) Stenographische Protokolle, Herrenhaus, X. Session, 644, Beilangen 253.

[206]) Beilagen, Abgeordnetenhaus, X. Session, 638.

[207]) Stenograph. Protokolle, Abgeordnetenhaus, X. Session, 9143

[208]) Viz zákon ze dne 2. března 1886 č. 36 ř. z., 9. března 1889 č. 30 ř. z., 26. prosince 1893 č. 209 ř. z., 27. prosince 1890 č. 202 ř. z.

[209]) Stenographische Protokolle, Abgeordnetenhaus, XVI. Session, 1615 a násl. Poslanec Naxera zmínil se tu ve své řeči také o návrhu hypoteční banky království Českého, aby se zavedlo zvláštní provokační řízení o výši pohledávek, jež se mají konvertovati. Beilagen, 299.

[210]) Stenogr. Protokolle, Abgeordnetenhaus, XVII. Session, 31.601, Beilagen, 2430.

akcessority zástavního práva.[211]) Obmezuje však vklad nového práva zástavního v pořadí starého jenom na účely konversní. Nová pohledávka musí býti nejméně o ¼% nižší, umořitelna a věřitelem, není-li to sirotčí pokladna nebo spořitelna podle regulativu, nevypověditelna. Konverse snížením úrokové míry děje se u ústavů, oprávněných ku vydávání zástavních listů, poznámkou konverse. Konverse vkladem nového práva zástavního v pořadí starého může se provésti kterýmkoli dlužníkem a kterýmkoli věřitelem. Faktický stav staré pohledávky prokazuje ústav, pod veřejným dohledem úvěrní obchody provozující, výpisem ze svých knih, jako v zákoně dřívějším, soukromníci, uvádějíce skutečný obnos staré pohledávky v dluhopise. Konvertuje-li se zástavními listy krytá pohledávka, která dílčími splátkami byla částečně již uplacena, může nová pohledávka zbytek staré o 8% převyšovati. Zadní věřitelé mohou nové právo zástavní v pořadí starého podle čl. XXVIII. uvoz. zák. k ex. ř. a podle § 128, 165 a 213 ex. ř. vzíti v odpor, bylo-li jim a novému věřiteli, když pohledávka jejich vznikla, známo, že stará pohledávka již zanikla. Pohledávku, na niž vydány byly zástavní listy, však takto v odpor bráti nelze. Šestiměsíční lhůta pro výmaz starého práva zástavního mohla se z jistých důvodu o dalších šest měsíců soudem prodloužiti.[212]) Poslanecká sněmovna přikázala osnovu justičnímu výboru, který ji s nepatrnými změnami schválil.[213]) Takto změněná byla pak přijata dne 12. ledna 1907 ve sněmovně poslanecké [214]) a dne 28. ledna 1907 také ve sněmovně panské.[215]) Otázka vlastníkovy hypoteky byla při jednání o tomto zákoně přetřásána jak v poslanecké, tak v panské sněmovně. Při debatě ve sněmovně poslanecké brojil Dr. O f n e r proti odporu zadních věřitelů vůči konvertované pohledávce, poukazuje na německou vlastníkovu hypoteku. I v justičním výboru projevil se názor, aby se toto německé stanovisko přijalo. Výbor podrobil se však přání ministerstva spravedlnosti, aby tato otázka ponechána byla reformě občanského zákonníka.[216]) Do něho bude se museti po-

[211]) Beilagen, XVII. Session, 2430, str. 14.
[212]) Beilagen, XVII. Session, 2430, 31—26.
[213]) Beilagen. Abgeordn., XVII. Session, 2718.
[214]) Stenograph. Protokolle, Abgeordn., XVII. Session, 41.526.
[215]) Stenograph. Prot., Herrenhaus, XVII. Session, 15.389.
[216]) Stenogr. Protokolle, Abgeordn., XVII. Session, 41.518.

jati, jak vyslovil se ministr spravedlnosti Klein, i disposice vlastníkova zástavní položkou.[217]) Tytéž pochybnosti vzešly i v právnické komisi panské sněmovny. Uvažovalo se o tom, zda by nebylo lépe, aby se zákon přepracoval a právo zadních věřitelů na postup odmítlo. Zadnímu věřiteli dostává se vzestupem zisku beze vší protináhrady. Právo vzestupu brání vlastníkovi, aby svého vlastnictví plně využil. Hypoteky, které snad s těžkými obětmi zaplatil, nemůže užíti, aby lacinější kapitál získal a zadní vysokoúročnou tíživou hypoteku zaplatil. Musí-li se jen na to dívati, jak zadní věřitelé vzestupují, béře se mu všechna pobídka, aby přední hypoteku vyplatil. Z legislativně politického stanoviska je pouze a jedině správné, aby každá hypoteka obdržela své určité místo. Ani rakouská pravověda nezná práva zadních věřitelů na vzestup, nýbrž jen právo, aby při rozvrhu nejvyššího podání, tedy v jakémsi partielním konkursu pravost a pořad súčastněných věřitelů brali v odpor. Právo zadních věřitelů na vzestup podle rakouského práva také ani neexistuje. Mohouť přední věřitel a vlastník ujednati, aby zástavní právo za zaplacený dluh se nevymazalo, a mohou je převésti dále cessí anebo na jinou svou pohledávku. I v právnické komisi panské sněmovny žádal ministr spravedlnosti, aby se tato otázka při zákoně konversním neřešila. Revisi občanského zákonníka musí býti vyhraženo, aby system pevných míst hypotečních, který ministr také zásadně za správný a žádoucí považuje, do rakouského práva zavedla. Ve vedlejším zákoně, jako je zákon konversní, bylo by povážlivé, tak důležitou otázku rozhodnouti, která do hypotekárního úvěru a exekučního práva tak hluboce zasahuje. Osnova sama vyšla již principu pevných míst tím vstříc, že zadní věřitelé musí dokazovati, že měli vědomost o indebitní přední pohledávce, chtějí-li provésti svůj odpor. Nová konstrukce zákona konversního v souhlase se systemem pevných míst musí se tedy až budoucnosti vyhraditi.[218])

Sankci císařskou stalo se usnesení obou sněmoven zákonem ze dne 22. února 1907 č. 48 ř. z. Do něho přešly s dřívějších osnov také předpisy o nadzástavním a simultánním zavazení starého práva zástavního.[219])

---

[217]) L. c., 41.521.
[218]) Beilagen, Herrenhaus, XVII. Session. 419. 3—4
[219]) § 8 a 9. Viz též poznámku 187) a 188).

Slibovanou reformu občanského práva zahájila vláda v panské sněmovně návrhem novely k občanskému zákonníku roku 1907,[220]) kterou následkem uzavření říšské rady předložila beze změny téže sněmovně také r. 1909,[221]) v XX. zasedání pak r. 1909[222]) a v XXI. zasedání r. 1911.[223]) Vlastníkova hypoteka byla tu pořádána v 5 .titulu pod názvem »Verfügung des Eigentümers über die Hypothek« v §§ 63—69.[224]) V motivech označuje se toto »Verfügungsrecht« jako »Eigentümerhypotek«.[225]) Disposice hodnotou, která se při zastavené nemovitosti zánikem zástavní položky uvolní, dává vlastníkovi jeho právo materiální.[226]) Vlastníkova hypoteka osnovy je vybudována jednak na základě německém, jednak na domácích základech zákona konversního, jednak na § 16 návrhu knih. zákona, který panská sněmovna odmítla.[227]) Objevuje se nám v pateré způsobě: 1. při konfusi,[228]) 2. při zániku pohledávky,[229]) 3. při konversi pohledávky

---

[220]) Beilagen, Herrenhaus, XVIII. Session, 29.

[221]) Beil., Herrenhaus, XIX. Session, 3.

[222]) Beil., Herrenhaus, XX. Session, 2.

[223]) Beil., Herrenhaus, XXI. Session, 2.

[224]) Z návrhu právnické komise panské sněmovny X. zasedání přešla do těchto §ů malá změna. V textu v pozn. 187) vsunuta byla za slovo »beziehungsweise« ještě slova »die Rechtswirksamkeit des neuen Pfandrechtes und«. Viz Beilagen, Herrenhaus, X. Session, 238, §§ 7, 8.

[225]) Erläuternde Bemerkungen, Nr. 96, 98.

[226]) L. c., 97.

[227]) Viz výše pozn. 168).

[228]) § 63: Solange ein grundbücherlich eingetragenes Pfandrecht mit dem Eigentum der Liegenschaft in einer Person vereinigt ist, kann es vom Eigentümer oder im Wege der Exekution gegen den Eigentümer rechtswirksam auf einen Dritten übertragen werden.

[229]) § 64: Ist die Forderung, für die ein Pfandrecht grundbücherlich eingetragen ist, erloschen, so kann der Eigentümer der Liegenschaft auf Grund einer löschungsfähigen Quittung oder einer anderen das Erlöschen der Pfandschuld dartuenden eintragungsfähigen Urkunde das Pfandrecht auf seine Person umschreiben lassen oder einem Dritten für eine neue Forderung einräumen. Die neue Forderung darf den Betrag der früheren Pfandforderung nicht übersteigen. Ist die pfandrechtlich sichergestellte Forderung in Annuitäten rückzahlbar, so erwirbt der Eigentümer erst nach Erlöschung der ganzen Forderung dieses Verfügungsrecht. Die Anwendung der Bestimmungen der vorhergehenden Absätze kann nicht durch Vertrag ausgechlossen werden.

s úroky vyššími v pohledávku s úroky nižšími,[230]) 4. při zachování pořadí vymazaného práva zástavního,[231]) 5. při vkladu nového práva zástavního v pořadí starého, vloží-li se jeho výmaz do šesti měsíců.[232]) Těchto pět forem dá se však zařaditi do tří skupin. Vlastník buď nabývá práva zástavního anebo zřizuje pro ně zástavní místo anebo je společně s věřitelem převádí na konvertovanou pohledávku (§ 67). Při konfusi zániku pohledávky ho nabývá a může při zániku pohledávky na sebe dáti přepsati. Při výhradě pořadí a zápisu v pořadí je převádí.[233])

Podle doslovného znění osnovy nabývá vlastník pouze zástavního práva bez pohledávky.[234]) Při konfusi a při přepisu na

---

[230]) § 67: Das auf einem Grundbuchsobjekte haftende Pfandrecht für eine Pfandbriefforderung wird dadurch, dass für sie zur Herabsetzung des Zinsfusses neue, niedriger verzinsliche Pfandbriefe in einem höheren als dem tatsächlich aushaftenden Betrage ausgegeben werden, in seinem Bestande und in seiner Wirksamkeit und Rangordnung dann nicht berührt, wenn die neue Pfandbriefforderung die grundbücherlich eingetragene Höhe der früheren Forderung an Kapital und Nebenverbindlichkeiten nicht überschreitet. Die Konvertierung ist auf Grund der von den Parteien darüber errichteten Urkunde im Grundbuche anzumerken.

[231]) § 68: Im Falle der Löschung des Pfandrechtes kann der Eigentümer zugleich die Anmerkung im Grundbuche erwirken, dass die Eintragung eines neuen Pfandrechtes in der Rangordnung des gelöschten Pfandrechtes und bis zur Hohe derselben vorbehalten bleibt. Dieser Vorbehalt ist auch im Falle eines Eigentumswechsels zu Gunsten des neuen Eigentümers wirksam. Bei Zwangsversteigerung der Liegenschaft bleibt jedoch der Vorbehalt unberücksichtigt, wenn von ihm bis zur Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens kein Gebrauch gemacht wurde.

[232]) § 69: Der Eigentümer einer Liegenschaft kann begehren, dass in der Rangordnung eines auf der Liegenschaft haftenden Pfandrechtes das Pfandrecht für eine neue Forderung mit der Beschränkung eingetragen wird, dass es für den Fall Rechtswirksamkeit erlangt, als binnen sechs Monaten nach der Bewilligung der Eintragung des neuen Pfandrechtes die Löschung des älteren Pfandrechtes einverleibt wird. Die neue Forderung darf die grundbücherliche Höhe jener Forderung für die das Pfandrecht bereits haftet, nicht übersteigen.

[233]) Viz §§ 63 a 64 v pozn. 228) a 229).

[234]) Motivy osnovy docela nesprávně zmiňovaly se o tom, že ve dvou skupinách, které se upravují, a sice: »1. Die Fälle der Konfusion (§ 63), jsou také 2.: die Fälle der Erlöschung der Hypothek durch Erlöschen der Pfandschuld (§ 64). Viz Erläuternde Bemerkungen,

své vlastní jméno může se však od něho nebo exekucí proti němu na někoho třetího převésti. Pro zástavní právo bez pohledávky nebylo v knihovním řádě posavad žádné formy. Podle § 14 kn. ř. může zástavní právo býti zapsáno »nur für eine ziffermässig bestimmte Geldsumme.« Při konfusi je to ostatně samozřejmo, že zůstává právo zástavní i nadále zapsáno za vlastníkovu pohledávku. Tato podle § 1446 o. z. o. vůbec ani nezaniká. Má-li vlastník podle § 63 osnovy právo zástavní na sebe přepsati, učiní tak takovým způsobem, že výsledek se rovná konfusi. Převede na sebe pohledávku. Dobře vystihla to prakse pruská, již podle dodatku pruského LR, akomodujíc se formě, v jaké se pohledávka v knihách jevila, ne jak to myšleno bylo v romanistické abstrakci. Doslovné znění novely bylo by vyžadovalo opravy knihovního řádu. Byla by se musela snad zavésti nová poznámka, že pohledávka zanikla, a že se vkládá převod práva zástavního na vlastníka.

Osnova obmezila disposici vlastníkovu až do zavedení vnucené správy a dražebního řízení. Nepřevedl-li vlastník až do té doby své právo na někoho jiného, nebéře se na ně při rozvrhu výtěžku správy nebo nejvyššího podání žádného zřetele a obnos, na jeho zástavní právo vypadající přikáže se věřitelům zadním.[235]) Osnova dále vylučovala disposici vlastníkovu hypotekou při umořitelných pohledávkách až do zaplacení poslední splátky. Chtěla zameziti, aby z umořeného dluhu nepovstala nová konkurující hypoteka a stav břemen nestal se příliš spletitý. Naproti tomu chránila zase vlastníkovu hypoteku. Zapovídala smlouvy mezi vlastníkem a věřitelem, dle nichž se předpisů o vlastníkové hypotece užíti nesmělo. Dle jejích návrhů však smlouvy s určitým zadním věřitelem byly možny. Smlouvou takovou se vlastník svého práva nevzdává, nýbrž je vykonává. Tekstem dlužních formulářů nemůže se toto jednání státi typickým, poněvadž se musí v každém případě zvláště stanoviti.[326])

Čl. XXVIII. uvoz. zák. k exekučnímu řádu nemohl při této úpravě zástavního práva potrvati a proto navrhovala osnova, aby se zrušil. Po stránce legislativní techniky bylo povážlivo, že

---

str. 97, dále tamže 98: »Verfügungsrecht des Eigentümers über erloschene Hypothek.«

[235]) § 65.

[236]) Viz § 64 v pozn. 229) a Erläuternde Bemerk., 98.

osnova zachovávala z konversního zákona čtyři §§ zejména o nadzástavním a simultánním zavazení práva zástavního, domnívajíc se omylně, že předpisů o nadzástavním a simultánním právu je pouze při konversi pohledávek potřebí, nikoli vůbec i při vlastníkově hypotece.[237])

Osnova stála na stanovisku, že vlastník nabývá hypoteky, zanikne-li zástavní dluh zaplacením nebo jiným způsobem. Nezdála se tedy postihovati i případy, kdy dluh zástavní vůbec nevznikl.[238])

Subjektem výkonu disposičního práva byl dočasný vlastník, nikoli jen ten, kdo pohledávku zaplatil aneb za jehož vlastnictví zanikla.[239]) Totéž platilo i pro výhradu pořadí vymazaného práva, bylo-li poznámkou zachováno.[240])

Osnova novely našla odezvu, jak přirozeno, i v literatuře. Ozvaly se hlasy proti ní, i pro ni. Těchto bylo více. Proti ní byly hlasy z Bukoviny a Haliče. Pro ni z Vídně a Čech. Proti ní vyslovil se L a s t, T i l l a D o l i ń s k i.

Zadní věřitelé mají podle L a s t a čekatelské právo na díl z realisované kupní ceny, která na uvolněnou hypoteku vypadne. Lhostejno, je, nemohou-li předchozí zápis odstraniti, pokud ku realisaci nedojde.[241]) Uvolněná hypoteka více neeksistuje. Výjimky jsou jen při konversi, novaci a principu publicity.[242]) Bylo-li nutno, aby se od principu akcessority práva zástavního ustoupilo, mohlo se tak státi jako v právu římském hypotekární sukcessí a hypotekou na vlastní věci.[243]) Podle některých jeho námitek byla osnova později změněna.[244]) Již Last se obával, že se stanou doložky o upuštění od vlastníkovy hypoteky trvalou součástí bankovních dluhopisů.[245]) Jeho návrh, aby se obligační ná-

---

[237]) § 69.

[238]) Erläut. Bemerk., 98.

[239]) Viz § 64: V pozn. 229). Jen přehlédnutím bylo stanoveno o annuitách: »so e r w i r b t der Eigentümer erst nach Erlöschung der ganzen Forderung dieses Verfügungsrecht«. I zde asi mohl toto právo vykonati i pozdější vlastník, maje kvitanci.

[240]) Viz § 68 v pozn. 231).

[241]) JVJ, 40 (1908), 43 a násl., Dr. Adolf L a s t, Das Verfügungsrecht des Pfandgutseigentümers über die freigewordene Hypothek.

[242]) L. c., 59.

[243]) L. c., 62.

[244]) L. c., 66, 67.

[245]) L. c., 68.

rok na výmaz na způsob § 1179 n. z. o. v knihách poznamenal, zvrhl se zmatkem zákonodárce v poznámku s účinky absolutními.[246]) Votum Lastovo vyznělo proto proti vlastníkově hypotece.[247]) Mínění Tillovo, jež proslovil již r. 1908 v Právnické Společnosti ve Vídni, seznáváme asi z jeho článku po novele.[248]) Logický rozpor mezi § 447 a 469 o. z. o. nedá se odstraniti. Zanikla-li pohledávka, není tu více věřitele. § 469 o. z. o. mluví o »Verhaftung« věci, ale toto »Verhaftung« není zástavní právo. O výkladu § 469 o. z. o. vytvořila se celá legenda. Občanský zákonník zmiňuje se o důvěře ve veřejné knihy jen jedinkrát při promlčení (§ 1500). Tento příležitostný, zákonodárcem jen letmo dotknutý předpis stal se praksi i teorii východiskem principu důvěry ve veřejné knihy. Ne každý právní obrat, jen poctivý obrat měl býti chráněn. Ale zaniklým právem zástavním nedá se disponovati. Disponuje se pouze místem, kde dříve bylo. Zmatená a matoucí konstrukce o logicky neudržitelné disposici právem, které neexistuje, dá se jednodušeji formulovati výhradou přednosti před zadními hypotekami. Právo zadních věřitelů na vzestup je podstatou práva zástavního. Vlastníkovou disposicí se tomu odporuje a zadním věřitelům ukládá, aby vlastníkovi ustoupili. Také Doliński[249]) je proti osnově. Způsob, jak se tu jedná s právy (očekáváním nebo nadějí) nástupných věřitelů musí otřásti právní bezpečností. Právní jistota toho vymáhá, aby nástupní věřitel věděl pevně, zda může počítati se zlepšením hypoteky čili nic. Věřitel, který úvěr povoluje, béře to za základ svého výpočtu. Malá hodnota může hypoteky podražiti. Amortisací hypotek se nemovitost oddlužuje. Hypoteka vlastníkova tomu brání.

Z obhajců vlastníkovy hypoteky vítá osnovu Wellspacher. Staví ť hypoteční právo na moderní základ. Konečně ustalo se s příležitostnými konversními zákony. Autor s ní však nesouhlasí, pokud odpírá vlastníkovi uspokojení z nejvyššího po-

---

246) L. c., 69.

247) L. c., 78.

248) Zeitschr. f. Notariat, 1918, 165, Dr. E. v. Till, Verfügung über Hypotheken u. Vorrückungsrecht.

249) Przegląd prawa i administracyi, 1814, 191 a násl., Dr. Aleksander Doliński, Hypoteka właściciela w projekcie noweli do kodeksu cywilnego i jej wplyw na kredyt hypoteczny.

dání a přikazuje obnos zadním věřitelům. Právem vzestupu zadních věřitelů přichází do reálního úvěru aleatorní moment. Věřitelé budou se snažiti, aby provedli exekuci dříve, než bude vlastník hypotekou disponovati a vlastník se bude zase snažiti, aby hypoteku nastrčenou osobou zakryl. Autorovi je nejasný § 64 osnovy. Namítá, že věřitel, pro něhož se zástavní právo zřizuje, nemá žádného zájmu na tom, bude-li vlastník tímto zástavním právem disponovati. Netřeba se proto báti nějaké takové doložky v dluhopisech.[250]) Předloha panské sněmovny ze zárodků občanského zákonníka chce dosíci výsledků, ke kterým přišlo o vlastníkově hypotece zákonodárství cizí. Návrh novely neučinil nic jiného, než že důsledky Strohalových vývodů proti odporům zajistil. §§ 469 a 1446 o. z. o. jsou svou novou formulací jen výrazem vkladního principu. Hypoteka po svém sjednocení a vyrovnání trvá tak dlouho, pokud se nevymaže. Při § 1446 o. z. o. je jasno, že náleží vlastníkovi. Ale i při § 469 o. z. o. mu náleží, poněvadž ne věřiteli, nýbrž pouze vlastníkovi přísluší disposice. Uznává-li novela hypoteku s pohledávkou a bez pohledávky, vyskytuje se vlastníkova hypoteka vlastně ve čtyřech případech: 1. Nabude-li ji vlastník konfusí, nejsa osobním dlužníkem, 2. zanikne-li pohledávka konfusí, poněvadž je osobním dlužníkem, 3. zanikne-li vyrovnáním, 4. zanikne-li sice, ale je-li tu nárok náhradní. Povážlivé je, že okolnosti, podle nichž se toto rozdělení řídí, nejsou z pozemkové knihy znatelné. Rozlišování hypoteky s pohledávkou a bez pohledávky není žádný rozhodný moment pro zásah legislativní. Jinak vytvoří se právo, kterého nelze upotřebiti.[251])

Ani občanský zákonník, ani jiné zákony, ani čl. XXVIII. ex. ř., líčí Kafka, nezjednali zadním hypotekářům právo na vzestup. Ale když se mluví o možnosti vzestupu anebo o vzestupním právu, vždy je to něco prekerního a nejistého, a motivy zcela správně praví, že hypotekáři mohou ve vzestup doufati, nikoli s ním počítati. Strach před průlomem akcessority práva zástavního, ač již se stal, bránil, aby se učinil krok rozhodný. Není

[250]) GZ, 1908, č. 11, Dr. Moritz Wellspacher, Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle.

[251]) GZ, 1913, č. 20, Wellspacher, Die Eigentümerhypothek im Entwurfe der Zivilgesetznovelle.

nebezpečí, že se bude do dluhopisů pojímati doložka, že vlastník vzdá se disposice hypotekou, kterou věřiteli právě zřizuje. Věc ta je zástavnímu věřiteli přece lhostejna. Ale naproti tomu je pravděpodobno, že do dlužních listů pojímati se bude doložka, kterou se vlastník bude ve prospěch věřitele vzdávati disposice předcházejícími hypotekami a že tato doložka stane se typickou součástí dlužních formulářů. Je možno, že se takovým způsobem účinek § 63 úplně zmaří.[252])

Praksi, která užívala pro úvěr zaniklých hypotek, stál v cestě konversní zákon, praví Ehrenzweig. Návrh novely chce potřebě prakse vyhověti.[253]) Vlastníkova hypoteka měla by se rozšířiti i na hypoteky, hned od počátku neplatné, ale vyloučiti při hypotekách exekučních. Měla by se zjednodušiti.[254]) Přednost zbytku pohledávky před vlastníkovou hypotekou mohla by se stanoviti judikátem, nikoli podle § 1176 n. o. z. Stačilo by doplniti § 1416 o. z. o. Švýcarské obligační právo stanoví (čl. 85), že dlužník není oprávněn, aby si placenou část na zajištěný nebo lépe zajištěný díl pohledávky započítal. Tím získalo by se směrodatné hledisko. Hypoteka může se pojímati, jakoby byla rozdělena v dílečné pohledávky se snižující se jistotou. Rozřešení pořadu dalo by se tím samo sebou.[255])

Vnitřní rozpor rakouského hypotečního práva odhaluje se dle Bartsche smírným pokusem osnovy v celé své hloubce. Osnova je však upřímná. Zaujímá pevné stanovisko vůči příležitostnému zákonodárství dřívějšímu. Hospodářský vývoj nutkal, aby se vzestup věřitelů potlačil. Byl hospodářsky nespravedlivý a dal se jen historicky vysvětliti. Vzestup tento je nadobro odbyt.[256])

Steiner stojí sice na stanovisku odpůrců vlastníkovy hy-

---

[252]) ČB, 1908, 625, Dr. Bruno A. Kafka, Die sachenrechtlichen Bestimmungen im Entwurfe der Zivilgesetznovelle.

[253]) XI. Oesterr. Advokatentag, Dr. Armin Ehrenzweig, Gutachten über den Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum allgem. bürgerl. Gesetzbuche.

[254]) Dr. Armin Ehrenzweig, Die Zivilrechtsreform in Oesterreich, Wien, 1918, 14.

[255]) L. c., 15, 16.

[256]) GZ. 1908, 22, Dr. Robert Bartsch, Die Reform des österr. Privatrechts.

poteky, ale zavrhuje mínění Lastovo, aby se předloha vzala zpět anebo, což je totéž, důkladně přepracovala. Vystačilo by se tu s dodatky.[257]) Vyvozuje-li se však vlastníkova hypoteka z občanského zákonníka, je to umělůstka, kterou se do zákona vkládá, co v něm není. Zaniklá hypoteka dle § 469 a 1446 o. z. o. trvá jen pro důvěru třetích osob. V zástavním právu za dílčí úpisy a při konversi lze spíše spatřovati ústav kauční hypotece podobný než vlastníkovu hypoteku. Zadní hypotekáře třeba chrániti. Vlastník měl by se v přední řadě na ně obrátiti, kdyby chtěl svým zástavním právem disponovati. Zadní hypotekáři měli by míti proti fraudulosním převodům právo odporu. Vlastník měl by užíti své hypoteky, aby ji polepšil. Meliorační zákon ze dne 6. VII. 1896 č. 144 ř. z. mohl by tu býti vzorem. Osnova respektuje práva zadního hypotekáře, připouštějíc, ovšem jen v motivech, smlouvy, jimiž se v jejich prospěch disposiční právo vlastníkovo vylučuje.[258])

Právo odporu, které měli zadní hypotekáři, praví Ofner, když vlastník cessí místo kvitance zaplacené místo někomu postupoval, vedlo k vlastníkově hypotece. Statek je suma hodnot, z nichž některé vlastník jiným postupuje, některé sobě ponechává. Každý hypotekář zůstane trvale připoután na své místo. Také Ofner ukazuje na chybu argumentace motivů o doložce, kterou se vlastník disposice hypotekární vzdává. Věřitel, jehož pořadím má se po zaplacení nakládati, nemá žádného zájmu, aby odpíral vlastníkově hypotece. Nebezpečí nalézá se u hypotekářů zadních. V dlužních listech bude trvalá formule, kterou se příjemce zápůjčky vzdává práva, aby dle § 469 o. z. o. předchozími hypotekami nakládal. Postavení vlastníka se zhoršilo. Dříve mu judikatura propouštěla, aby předchozí položkou nakládal. Nyní bude na tom hůře.[259])

Osnova novely byla pro uzavření říšské rady, jak uvedeno, panské sněmovně poznovu předkládána a panskou sněmovnou komisi pro věci justiční přikazována. Z XXI. zasedání vyšla také

---

257) Zeitschrift für Notariat, 1908, 205, Johann Steiner, Die Regierungsvorlage betr. Aenderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgem. bürgerl. Gesetzbuches.

258) L. c., 172.

259) Jur. Bl., 1913, Dr. Julius Ofner, § 469 in der Novelle.

r. 1912 její správa s novou osnovou,[260]) jejíž části staly se pak postupem času zákonem. Právo vlastníkovo nakládati hypotekou kodifikováno pak v §§ 33—49 III. novely k občanskému zákonníku ze dne 19. března 1916 č. 69 ř. z.

Chceme-li oceniti zásluhu panské sněmovny na struktuře vlastníkovy hypoteky, můžeme se jen odvolati na její legislativní vývoj, jak dříve byl vylíčen. Již od § 16 knih. ř. byla to vždycky panská sněmovna, která každému pokusu o hypotekární reformu zatarasila cestu. Od romanistických konservativců, kteří plnili panskou sněmovnu, vyšlo povždy jen torso. Tak je tomu i při III. novele k obč. zákonníku. Vládní předloha neřešila sice vlastníkovu hypoteku bezvadně. Než i to, co na ní bylo dobré, zkaženo bylo ještě panskou sněmovnou. Co při konfusi je možno, není možno při zaplacení. Při konfusi může zníti položka na vlastníka, při zaplacení musí zůstati zapsána na dosavadního věřitele.

Osnova nechtěla, jak motivy panské sněmovny uvádějí,[261]) zkonstruovati dluh pozemkový a tím mobilisovati právo zástavní. Nechtěla také zavésti položku vlastníkovu jako »activum« pro rozvrh výtěžku vnucené správy a nejvyššího podání a pro zasáhání vlastníkových věřitelů. Oba důvody snadno lze vyvrátiti. I dluhem pozemkovým nemusí se hypoteka vždy mobilisovati. Vedle listovního dluhu pozemkového, který převádí se odevzdáním listu, je možný též knihovní dluh pozemkový, který převádí se knihovním zápisem. Activum pro rozvrh výtěžku vnucené správy a nejvyššího podání dá se přece positivním předpisem práva vyloučiti.

Motivy osnovy domnívají se, že nalezly prostředek, aby nepoctiví věřitelé zaplacených pohledávek nepřeváděli a aby jejich věřitelé důvěrou v knihy jich nepostihovali.[262]) Vlastník může právo zástavní s výhradou pořadí dáti vymazati.[263]) Tím vlastně tedy účelnost nové formy negují a ji krátkodechou, jen tři léta životnou jinou formou nahražují. Tato forma vyskytovala se již

[260]) Beilagen, Herrenhaus, XXI. Session, 78.

[261]) L. c., str. 56.

[262]) Podle plenissimárního rozh., Slg., 4499, se exekuce na zaplacenou pohledávku více nepřipouští. Viz též Oesterr. Centralblatt für die jurist. Praxis, 1887, 257 a násl., Dr. J. K a v č i č, Executionsführung auf bereits getilgte Hypothekarforderungen.

[263]) L. c., str. 59.

v předloze vládní a dojista ne za takovým účelem, bylo-li tomu možno, aby vlastník právo zástavní za zaniklou pohledávku na sebe dal přepsati.[264])

Vládní osnova byla dále zhoršena rozdvojením vlastníkovy hypoteky na hypoteku s pohledávkou a bez pohledávky. Vládní osnova na prospěch jednoduchosti věci toho neznala.[265]) Motivy ospravedlňují to odůvodněným zájmem vlastníka.[266]) Zájem tento záleží patrně v tom, aby se na něho při rozvrhu nejvyššího podání dostalo a aby také, předpokládajíc jeho nesobeckou obětavost, jeho věřitelé hypoteku s pohledávkou postihli. Je tedy velice problematický. Postih věřitelů novými útratami zhorší spíše stav dluhů, než aby mu ulehčil. Hypoteka i bez pohledávky stačí k ochraně zájmů vlastníkových s dostatek. Dojde odškodněné, užije-li uvolněného místa. Podle osnovy a také novely je na tom vlastník s hypotekou bez pohledávky lépe než vlastník hypoteky s pohledávkou. Vlastníkova hypoteka s pohledávkou může totiž od vlastníkových věřitelů býti zabavována.[267]) Při hypotece bez pohledávky je to vyloučeno.

Vládní osnova zhoršena dále časovým obmezením výhrady pořadu vymazaného práva zástavního na tři léta. Bez tohoto obmezení mohla výhrada pořadí vésti ku samostatnému vývoji. Mohla dáti vlastníkově hypotece svůj charakter. Časovým obmezením bylo to zastaveno.[268])

## § 11. Zákonodárná formulace.

Vlastníkova hypoteka podle III. novely ze dne 19. března 1916 č. 69 ř. z. nejeví jednotného charakteru. Zrazuje na sobě tu klopotnou práci různých příležitostí, kde výjimkou, takřka násilně proti romanistickým překážkám průchodu si zjednávala. Pro tyto překážky zdravý princip jen ve zrůdách zrůstal a v no-

---

[264]) Viz § 64 a 68 vládní osnovy v pozn. 220) a 231).

[265]) Beilagen, Herrenhaus, XXI. Session, 78, str. 60, 63.

[266]) L. c., str. 62.

[267]) L. c., 60: dieses Recht weiter nicht nur seiner eigenen Verfügung, sondern auch der Beschlagnahme durch Zwangsvollstreckung unterworfen bleibt. Viz též Oesterr. Centralblatt für die jurist. Praxis, 1908, 625. Kafka, Die sachenrechlichen Bestimmungen im Entwurfe der Zivilgesetznovelle.

[268]) Kafka, l. c., 633.

vele v ně také vzrostl. Šest různých prostředků slouží jednomu cíli. Kdyby se pak z nich vytvořiti chtěla jednota, i teorie sama tomu brání. Ostýchá se slova »vlastníkova hypoteka«. Vidí ji jen tam, kde je při hypotece také pohledávka.[269]) Jinak podle ní je tu jen disposiční právo vlastníkovo, jak se sám i zákon v § 469 a o. z. o. vyslovuje.

Vlastník nakládá svým právem: 1. převede-li dle § 469 o. z. o. právo zástavní za zaniklou pohledávku na pohledávku jinou, 2. zapíše-li do tří let po vyhraženém pořadí vymazaného práva zástavního podle § 37 III. nov. v tomto pořadí nové právo zástavní, 3. zapíše-li podle § 38 III. nov. nové právo zástavní v pořadí zástavního práva starého a vymaže-li toto do roka a 4. zapíše-li v pořadí poznámky pořadu dle § 44 III. nov. do roka zástavní právo. Vlastník má zástavní právo s pohledávkou: a) dle § 469 a 470 o. z. o., přísluší-li mu postih za vyrovnanou pohledávku, b) podle § 1446 o. z. o., vyrovnal-li pohledávku, nejsa dlužníkem osobním.[270])

Dříve již vylíčeným vývojem dají se tyto různé prostředky vysvětliti. Právo vlastníkovo ad 1. jevilo se již v nesmělé formě §u 2 konversního zákona ze dne 14. června 1888 č. 88 ř. z. a ze dne 22. února 1907 č. 48 ř. z. Z tohoto §u cit. zákona vzato také právo ad 3. Právo ad 2. byla novota, kterou panská sněmovna již od § 16 osnovy knih. řádu propustiti nechtěla. Právo ad 4. bylo již v § 53 knih. ř. Práva ad a) i b) vyšly z historie vlastníkovy hypoteky pruské, bezdůvodné v právu rakouském.

Tyto rozdrobené formy dají se zařaditi do různých skupin podle hlediska, které se zaujme. Takovými jsou i dvě skupiny hořejší. Nám zdá se býti přirozenější, rozřadí-li se podle toho, zda tu již jde o nabyté právo zástavní nebo teprve pouze o jeho místo. (§ 41 III. nov. »Stelle«.) Podle toho jest nám základem první skupiny zapsaná hypoteka a druhé skupiny její časové zástavní místo.

## A) Zapsaná hypoteka.

1. Základ. Uznáním vlastníkovy hypoteky přesunul se poměr mezi hypotekou a pohledávkou. Pohledávka není více zá

[269]) Dr. Maximilian Hendel, Die Verfügung der Eigentümers über die Hypothek, Graz u. Leipzig. 1920, 77.
[270]) L. c., 80.

kladem hypoteky, nýbrž jejím akcessoriem. Základem stala se hypoteka. To plyne z jejího zachovaného (§ 37 a 38 III. nov.) i přípravného (§ 44 III. nov.) místa. Plyne to také z povahy nového vlastníkova práva. Nakládá hypotekou anebo se dle § 469 a tohoto práva zříká.

Zápis hypoteky může býti v první řadě v k l a d, zřízený dobrovolně nebo nuceně. Nestačí však založení úkojného práva poznámkou dražebního řízení.[271]) Poznámka tato zachovává sice pořadí přede všemi pozdějšími právy knihovními (§§ 104, 133 ex. ř.). Než jest to právo věřitelské, které pouze na exekuci směřuje, s ní trvá a zaniká. I přeměna úkojného práva v hypoteku podle § 208 ex. ř., zastaví-li se dražební řízení, může se státi pouze na návrh věřitele. Teprve takto povstalá hypoteka může pak býti způsobilým základem pro vlastníkovu hypoteku. Opatrní dlužníci budou tedy žádati na vymáhajícím věřiteli, aby dražební řízení zastavil, zástavní právo podle § 208 ex. ř. pro sebe zapsati dal. Na to jej teprve uspokojí a tím zástavní právo za uspokojenou pohledávku získají. Než i při samém úkojném právu mohou se vyskytnouti případy, analogické vlastníkově hypotece. I při úkojném právu může věřitel a dlužník spojiti se v jedné osobě. Dražební řízení musí se tu zastaviti. Stane se tak na návrh vlastníkův. I jemu nemůže však odepřeno býti právo, aby ve lhůtě dle § 207 odst. 1 právo zástavní za svou vymáhanou pohledávku v pořadí poznámky dražebního řízení vložil. To plyne samozřejmě i z principu § 1446 o. z. o. To platí i tehdy, bylo-li dražební řízení na návrh více vymáhajících věřitelů zahájeno a jde-li v příčině nich dále. Vlastník, jemuž dražební řízení se zastaví, má pak možnost, aby použije uvolněného místa nové prostředky na zaplacení ostatních vymáhajících věřitelů získal. Neučiní-li tak až do provedení dražby, pomine ovšem jeho právo, je-li osobním dlužníkem, trvá však dále, je-li dlužníkem neosobním. Níže bude uvedeno, že teorie trvá na tom, že vlastník hypoteku na sebe přepsat nesmí. Ale v našem případě přišel by tím o své právo. Musil by zápověď obcházeti cessí svého úkojného práva na nějakou osobu nastrčenou.

Jako základ vlastníkovy hypoteky stačí i z á z n a m práva

[271]) Sborník věd práv. a stát., IV. (1904), 163, můj článek: Původ a povaha úkojného práva dle rak. ex. řádu.

zástavního, provedený na základě titulu soukromého (§ 35 kn. ř.) nebo úředního (§ 38 kn. ř.). Záznam může se spraviti, dříve než se zástavní právo na jinou pohledávku převede anebo tehdy, když se bude na tuto pohledávku převáděti. Byla-li vyrovnána pohledávka z veřejného titulu, nebude se moci veřejnými listinami spravení prováděti, ježto jde již o právo vlastníkovo. Zpravidla spraví se záznam, když bude se převáděti zástavní právo na jinou pohledávku anebo podle § 1446 o. z. o. zástavní právo s pohledávkou na jiného věřitele. Poněvadž i záznamem vlastník hypoteky nabude, neměl by se více tabulární soudce spokojiti dle § 45 kn. ř. s pouhou žádostí prenotáta, aby nespravený výmaz se vymazal. Nejméně mělo by se aspoň žádati, aby podpis vlastníka na žádosti byl ověřen.[272]) Tato žádost mohla by stačiti, aby se zástavní právo zaznamenané na někoho jiného převedlo. Než § 469 o. z. o. žádá výslovně kvitance nebo jiné listiny, která zánik zástavního dluhu prokazuje. Na pouhou žádost muselo by se ostatně i řízení dle 2. odst. § 45 kn. ř. zavésti. Také § 47 kn. ř. je s novým právem v nesouhlasu. Na tento důsledek pro knihovní zákon se novelou zapomnělo.

Základem vlastníkovy hypoteky může býti dále zástavní právo simultánní. Ovšem povstávají zde při různém vlastnictví zavazených objektů jisté komplikace, o nichž jednáno bude později.

Základem vlastníkovy hypoteky může býti i zapsané zástavní právo za veřejné dávky. Při tom ovšem osobní priorita státu nemá významu, nýbrž právo zástavní posuzuje se pouze podle svého zápisu.[273])

Základem hypoteky může býti také zástavní právo, které dle § 38 III. novely k obč. zák. do jednoho roku má býti vymazáno. Výminka, pod kterou bylo nové právo zástavní podle §u toho vloženo, se tím nesplní. Vloží-li vlastník nové právo zá-

---

[272]) Eisner, Das Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek nach der dritten Teilnovelle zum ABGB, GZ. 1917. 21 záznam vylučuje. Řídí se tu Dernburgem, který i pro něm. obč. zákonník záznamu nepřipouští. Než německý záznam zakládá dnes jen osobní nárok, aby se hypoteka zřídila. Viz náš spis. I. díl, § 7, pozn. 75 a 76.

[273]) GZ., 1917, 296 a násl. Ohmeyer, Das Verfügungsrecht über die zwangsweise begründete Hypothek, vylučuje i tu disposici vlastníkovu, poněvadž prý zápis má jen význam deklarativní.

stavní pod výminkou výmazu starého, nevzdává se tím ještě disposice nad starým právem zástavním dle § 469 o. z. o. Právo toto může dle II. odst. § 39 III. nov. přijíti v kolisi s právem nového zástavního věřitele, aby staré právo zástavní vymazal. Mohl by disposicí vlastníkovou potud býti poškozen, pokud na zaplacení staré pohledávky valutu nové pohledávky věnoval. § 39 byl vzat z konversního zákona ze dne 22. února 1907 č. 48 ř. z. (§ 7 odst. 3). Tam byl na místě, poněvadž šlo o konversi. Výmaz starého práva zástavního měl se státi za konversních podmínek § 3, tedy jen k účelům konversním. V novele těchto podmínek není. Je tekstována všeobecně. Opačný náhled, který by disposici vlastníkovi odnímal, vedl by k nesrovnalosti, že by tak činiti mohl až po roce, kdy nové zástavní právo z úřední moci se vymaže.

Základem vlastníkovy hypoteky mohou býti i časově obmezená práva zástavní, která se z úřední moci vymažou, poněvadž předpoklady, za nichž byly zapsány, odpadnou (§§ 49, 133 kn. ř., § 88 ex. ř., § 39 III. nov.). Z úřední moci vymaže se tu pak také, co se z disposice vlastníkovy zapsalo.

Základem vlastníkovy hypoteky může býti též zástavní právo, ohledně něhož podle knihovního řádu byla podána žaloba na výmaz (§§ 61, 60 kn. ř.) a o němž trestní soud uznal, že může se vymazati (§ 67 kn. ř.). Máť podle § 65 2. odst. vlastník výmazné právo sám. I může podle příznivého rozsudku soudu civilního nebo trestního právo zástavní na jinou pohledávku převésti. Kdyby se i stálo na úzkém výkladu §u 469 o. z. o., že zahrnuje pouze případy, kdy zástavní pohledávka platně vzejde, mohou se i tyto případy za okolností §§ 61—67 kn. ř. vyskytnouti.

Základem vlastníkovy hypoteky může býti i vnuceně zřízené právo zástavní za vykonatelnou pohledávku[274]) a také záznam za účelem exekuce ku zjištění. Vzhledem ku III. novele nemá více vymáhající věřitel práva, aby sám exekuci zrušil.[275])

Nezpůsobilým základem pro vlastníkovu hypoteku jest právo zástavní, je-li při něm ve veřejné knize poznamenáno, že vlastník zavázal se je vymazati (§ 469 a o. z. o.).

Nezpůsobilým základem pro vlastníkovu hypoteku je právo

---

274) L. c., 292.
275) L. c., 293.

zástavní superkondikované. Stává se jím, má-li vlastník také výmazné prohlášení na superkondikci anebo svolí-li superkondicent, aby jeho právo (nadzástavní nebo užívací) na nové právo bylo převedeno. Novela se o tom nezmiňuje, ale stanovila to v § 40 pro případ § 38.

Nezpůsobilým základem pro vlastníkovu hypotéku je dále zástavní právo vymazané s výhradou § 51 kn. ř. Výmazem, třeba s touto výhradou, vynato bylo z knihovního obchodu. Výhradou je zachováno pouze pro superkondicenta; pro nikoho jiného, také ne pro vlastníka. Vždyť vlastník dal je s touto výhradou vymazati anebo soud tuto výhradu povolil, když vlastník za definitivní výmaz žádal. Výmaz je výminečný. Výminka pomine, jakmile se provede výmaz superkondikce.

Nezpůsobilým je dále zástavní právo, kterého vydražitel na srážku z nejvyššího podání nepřevzal (§ 237 ex. ř.). Exekuční dražbou došlo právo zástavní svého uskutečnění. Vyčerpalo se. Na místě něho nastupuje nárok na kvotu nejvyššího podání.

Nezpůsobilým základem je zástavní právo za pohledávku na kapitalisovaných úrocích a annuitách, na něž podle zákona ze dne 15. února 1916 č. 43 ř. z. pořadí původní pohledávky bylo rozšířeno. Toto zástavní právo zaniká podle zákona po dvou letech po zaplacení poslední splátky a vymazává se z úřední povinnosti (čl. VIII. cit. zák.). Nezpůsobilým základem je také právo zástavní za zbytek původní pohledávky, pokud výše uvedené kapitalisované úroky a annuity spolu se zbytkem původní pohledávku převyšují (čl. IX. cit. zák.).

II. Poměr hypoteky k pohledávce. Výklad, opírající se o princip důvěry ve veřejné knihy, dal rak. právu hypotečnímu romanistický charakter. Teorie i judikatura v něm vězela, a vězí v něm i novela. To jest ovšem jen jeho zevní nátěr. Podstata je jiná. Proto dle úmyslu zákonodárce[276]) a dle náhledu teorie[277]) předpokládá § 469 o. z. o., že pohledávka, kterou zá-

[276]) 2 der Beilagen zu den sten. Protok. des Herrenhauses, XXI Session, 1911, 06.

[277]) GZ, 1916, 217. Schey, GZ, 1917, 19. Hendel, 33. Toliko Ohmeyer, GZ, 1918, 116 v recensi spisu Klangova vyslovuje se pro to, aby obdobou (§ 7 o. z. o.) připuštěno bylo disposiční právo vlastníkovo při neplatné pohledávce. Úmysl zákona, i praktická potřeba mluví pro to.

stavní právo pojišťuje, musila při jeho zřízeni platně vzejíti a pak teprve zaniknouti. Vylučují se proto případy, kdy pohledávka nebyla vůbec platna anebo byla sice platna, ale zástavní právo od pohledávky odpadlo, na př. vzdáním se nebo převzetím dluhu jinou osobou dle § 1405 o. z. o. Náhled tento zdá se býti na první pohled bezesporný. Svědčí mu několikeré opakování slov »Schuld«, »Tilgung der Schuld«, das Erlöschen der Pfandschuld« v §u 469 o. z. o. a pak i znění § 470 o. z. o. Přes to všechno nemohou nám býti tyto výrazy a toto pojímání směrodatno, je-li podstata vlastníkovy hypoteky jiná.

Jak bylo již uvedeno, je základem vlastníkovy hypoteky zástavní právo. Na pohledávce, jaká jím měla býti pojištěna, nezáleži. Stačí pouze, aby v čas disposice vlastníkovy tato pohledávka neexistovala, aby zástavní právo bylo volné. V pruském právu to bylo jinak. Tam zvláštním vývojem, o němž výše bylo již řeči, nabýval vlastník i pohledávky. Měl-li jí tedy nabýti, musila býti platná. Jinak však při struktuře vlastníkovy hypoteky, kde předmětem vlastníkovy disposice je pouze zástavní právo bez pohledávky. Podle § 469 o. z. o. má právě uvolněné zástavní právo na »jinou pohledávku« býti převedeno. Zákonodárce, zaváděje nový institut do rakouského práva, nebyl si toho dosti vědom, oč vlastně jde. I ponechal staré znění §u 469 o. z. o. a rozvedl je ještě v jeho romanistických přežitcích. Pro disposici vlastníkovu právem zástavním je přece pohledávka úplně lhostejna. Pro tuto disposici je to stejné, zda pohledávka tu nebyla hned od počátku anebo zda odpadla teprve později. Z účinků, které disposiční právo vlastníkovo má, je také zřejmo, že platné pohledávky tu vůbec potřebí není. Může zde jíti o pohledávky, po samém zákonu neplatné, kde věřitel činí nárok na valutu (věno ve formě zápůjčky) nebo nároku toho vůbec nemá (nevaluovaná zápůjčka). V prvním případě není možno ani zpět žádati, co bylo placeno (§ 1432 o. z. o.). Placení je tedy platné a přece je pohledávka neplatná. Platná je tu také kvitance, a proto platná i disposice vlastníkova zástavním právem o zaplacené neplatné pohledávce. Neplatnou pohledávku může kromě toho zaplatiti i hypotekární dlužník, který nebyl dlužníkem osobním, a tím nabude hypoteky i s neplatnou pohledávkou. I při druhém případě může se vyskytnouti více variant. Starý věřitel odmítnul vyplatiti valutu, ale nový je k tomu ochoten. Starý

věřitel převede tedy na něho právo zástavní i s neplatnou pohledávkou. Zápůjčka stane se valuací platnou a po zaplacení jejím spadne případ řádně pod § 469 o. z. o. i podle jeho úzkého výkladu Než starý věřitel chce dáti výmazné prohlášení, a právo zástavní bude se moci převésti na pohledávku nového věřitele, který ku valuaci bude ochoten. Kdyby se chtěla tato možnost odmítnouti, lpělo by se na nepodstatné věci, která má při dispozičním právu vlastníkově význam pouze podružný, vedlejší. Zneuznával by se institut »disposice vlastníkovou hypotekou«, jen hypotekou a to hypotekou bez pohledávky. Při částečném valuování zápůjčky přišlo by se k subtilnostem, že by se část zástavního práva dle valuované pohledávky pro disposici vlastníkovu propouštěla, část na prospěch zadního věřitele nechávala. Při amortisovaných pohledávkách dle §§ 118—121 kn. ř. musel by nový věřitel pro svou jistotu zkoumati, zda amortisovaná pohledávka byla před 50 lety platná.

Ani neplatná pohledávka, hypotekou zajištěná, není vyňata z účinků veřejné víry v pozemkové knihy. Vlastníkovi by se tedy odpíralo, aby použil zástavního práva pro neplatnou pohledávku, a třetím osobám by to bylo volno. Teprve až by se důsledkem principu publicity neplatná phledávka zaplatila, mohl by užíti zástavního práva. To jsou nesrovnalosti, které způsobuje nesprávné stanovisko. Třeba vycházeti ne z pohledávky, ale z hypoteky. Pro hypoteku je to stejné, zda zástavní právo vázne indebite hned od počátku nebo od pozdějška. Ani zákonodárce, ani původce těchto předpisů Schey nezmiňuje se o tom, zda také § 37 a 38 III. novely vyžadují si těchže podmínek jako § 469 o. z. o., totiž dříve platné pohledávky. Podle cit. §§ vymaže se jakékoli právo zástavní, ať vázne pro platnou nebo neplatnou pohledávku.[278])

Shora již dotčený výklad § 469 o. z. o. svědčí taktéž tomuto názoru. Nemovitost ručí (haftet) tak dlouho, dokud se dluh nevymaže, Dotud trvá její ručení, ať je dluh platný nebo neplatný. Dluh je spjat s ručením v zástavní dluh, »Haftung«. Zástavní dluh zůstává, třeba by osobní dluh zanikl. Tak třeba vykládati »das Erlöschen der Pfandschuld«. Terminologie tato odpovídá

[278]) GZ, 1917, 20 Eisner to již vyvozuje, jak níže bude uvedeno. Jinak CB, 1908, 633 Kafka.

době, kdy občanský zákonník vznikl. Tak stojí v »Codex Theresianus«, že vypočítávané tam »Tilgungsarten« nevztahují se na zaznamenané zástavní dluhy. »Landtäflich oder stadt- oder grundbücherlich vorgemerkte Haftungen« mohou jenom výmazem z knih vyhlazeny (getilgt) býti.[279]) Redaktoři občanského zákonníka užili sice výrazů své doby, ale nerozuměli jim, dávajíce jim smysl romanistický. Tak lze také jen chápati § 43 III. nov., připouštějící předpisy o vlastníkově hypotece jen při starších právech zástavních, »als die Pfandschuld am 1. Jänner 1917 noch ausgehaftet hat«.

III. Důvod vzniku. Vlastník může nabýti hypoteky buď bez pohledávky nebo s pohledávkou. Bez pohledávky nabývá ji z trojího důvodu, buď že hypoteka ze svazku s pohledávkou vyšla, poněvadž tato pohledávka zanikla, buď že z tohoto svazku vystoupila anebo konečně že se do tohoto svazku vůbec nedostatla. První případ je výklad doslovného znění § 469 o. z. o. Druhé dva případy vztahují se na náš rozšířený jeho výklad. Pohledávka zaniká, platí-li osobní dlužník, ať již je vlastníkem zastavené nemovitosti čili nic, dále také platí-li osoba třetí, která cessí pohledávky nabýti nechce. Pohledávka zaniká dále hrazením (datione in solutum, § 1414), plní-li se jiná věc[280]), správeným složením k soudu, kompensací, konfusí, novací, vzdáním, převzetím dluhu se souhlasem věřitele, promlčením, amortisací dle §§ 118—121 kn. ř., rozvázáním z výminky a konečnou lhůtou.[281])

---

[279]) Codex Theresianus, III, Cap. XXIV, § 161. 163, 176. Schey GZ. 1916, 211/9 má za to, že »Haftung« je jen »něco« z hypoteky, ne hypoteka sama. Chce je vyložiti z teorie »Schuld und Haftung«. Podle jeho náhledu nebylo by to »Sachhaftung«, ktere je zástavním právem, ale snad jen »Vermögenshaftung«, které jest jakousi generální hypotekou: ale bez technické formy. Nahlédnutí do pozemkové knihy by Scheye přesvědčilo, že je to »Sachhaftung«.

[280]) GZ, 1917, 19 Eisner.

[281]) Schey, l. c., 208, 209. Kam vedou subtilnosti, trvá-li se na požadavku pohledávky dle § 469 o. z. o., dokazuje Schey při vzdání se dluhu, převzetí jeho a promlčení. Dle jeho výkladu § 469 o. z. o. nemohlo by vzdání se hypoteky, nechávajíc v platnosti osobní závazek buď vlastníka hypoteky nebo osoby třetí, nikdy vésti ku založení dispozičního práva vlastníkova. Pohledávka nezanikla. Vlastník by se nemohl vykázati listinou, která prokazuje »das Erlöschen der Pfandschuld«. Vizme však, jakou umělou argumentací musí si pomáhati, aby důsledek své vlastní teorie a svého vlastního textu § 469 (Beilagen, Herrenhaus,

Zástavní právo vychází ze svazku s pohledávkou, propustí-li zástavní věřitel hypotéku z tohoto svazku, rozváže-li jej výminka nebo ukončí čas, jež se jen na pohledávku, nikoli na zástavní právo vztahují. Uvolnění nastává také ex lege, převezme-li kdo třetí se svolením věřitele závazek dlužníkův (§ 1405 o. z. o.) nebo rozsudkem soudním o žalobě na výmaz dle § 61 kn. ř., o odporu správce konkursní podstaty pojištění věna dle § 29 a pohledávky dle § 30 konk. ř., pak také rozsudkem trestním dle § 67 kn. ř.

---

78. str.) vyloučil: (Schey, l. c., 216) Besondere Betrachtung verdient — namentlich der Verzicht des Gläubigers auf das Pfandrecht und zwar nur das Pfandrecht, nicht auch die persönliche Schuld. Ist auch diese erlassen, so steht der Fall zweifellos unter § 469 (l. c. č. 5.). Den hier zu erörtenden Fall regelt also dem Wortlaute nach weder der neue § 469, noch der neue § 1446; so bleibt er eine Frage der Gesetzesanalogie. Auf den ersten Blick scheint die Analogie des § 1446 die nähere, handelt es sich doch um einen das Pfandrecht selbst und nicht die Schuld treffenden Aufhebungsgrund. Demnach führt die Beachtung der »Gründe der Gesetze« auf § 469. Ist der Eingentümer zugleich Personalschuldner, so muss er, wenn seine Liegenschaft durch den Verzicht von der Pfandlast befreit ist, aus sonstigem Vermögen zahlen, zuletzt also: »Tilgung der Schuld« auf Kosten des Eigentümers, wie sie als Normalfall § 469 voraussetzt; — ist er nicht Personalschuldner, so hat er entweder den Verzicht des Gläubigers auf das Pfandrecht durch irgend eine Gegenleistung erkauft, was einer indirekten Zahlung nahekommt, oder der Vezicht geschah ohne Entgelt, dann fehlt ihm jeder Anspruch gegen einen Dritten, der durch die fortdauernde Haftung der Liegenschaft zu decken wäre — mit anderen Worten: Ueberall fehlt gerade das charakteristische der Rechtslage, die § 1446 voraussetzt. Damit ist die sinngemässe Anwendung des § 469 gerechtfertigt: Recht des Eigenthümers zur Verfügung über die Hypothek durch Uebertragung auf eine neue Forderung-Ausschliessung des Zugriffes anderer Gläubiger. Schey cituje dále protokoly k něm. obč. zákonníku (Protok. der zweiten Lesung, III, S. 603), které potvrzují sice jeho speciální stanovisko k této věci, nikoli však obecné o významu pohledávky při § 469 o. z. o.: Jedenfalls sei anzuerkennen, dass der Eigenthümer, falls der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, vielleicht weil er von dem Eigentümer andere Sicherheit erhalten habe, ein Interrese daran haben könne, die Hypothek nicht zur Löschung bringen zu lassen. O převzetí dluhu pak Schey (l. c. 209) argumentuje takto: Die Schuld ist zwar nicht »getilgt« worden, sondern »übernommen«, aber die persönliche Haftung, für welche das Pfand einzustehen hatte, ist weggefallen. Při promlčení promlouvá o promlčení zástavního práva (l. c. 209), kde pohledávka uznáním dlužníkovým nepromlčela: Der

Zástavní právo nedostane se do svazku s pohledávkou, jde-li o hypoteku neplatnou anebo o pohledávku, která vůbec nevzešla, poněvadž na př. při zápůjčce valuta nebyla vyplacena. Zahrnouti sem třeba i nevyčerpanou kauční hypoteku a také nejvyšší obnosy pro vedlejší závazky (§ 14 kn. ř.), dosaváde nevzešlé, při pohledávkách zástavním právem zjištěné.[282]) Spadají sem dále všechny případy shora uvedené, pokud platná pohledávka vůbec nevzešla.

Hypoteky s pohledávkou nabývá vlastník podle § 470 o. z. o., trvá-li pohledávka ještě proti někomu třetímu anebo přísluší-li vlastníkovi náhrada za její vyrovnání. Trvá-li pohledávka ještě

---

Eigentümer hat auf Grund der abgelaufenen Verjährung der Hypothek gemäss § 1499 ABGB das Recht, die Löschung des Pfandrechtes zu begehren, so lange ihm nicht ein Dritter, der die Hypothek im Vertrauen auf das Grundbuch erworben hat, entgegensteht. Die ratio des (novelierten) § 469 drängt deshalb hier geradeso wie bei Tilgung der Schuld dahin, ihm die volle »Verfügung« über die Hypothek nicht nur durch Löschung, sondern auch durch ihre Uebertragung oder durch Vorbehalt des Ranges für ein anderes Pfandrecht zu sichern, das heisst die Verjährung der Hypothek soll »genau so wirken, wie die Tilgung der Schuld nach § 469.« Argumentace Scheyova při všech těch případech může v plném znění užita býti pro náš výklad § 469 o. z. o. Ipři neplatné pohledávce má vlastník právo disposice výmazem. Proč by se mu mělo tedy brániti, aby zástavním právem také ještě jiným způsobem nedisponoval, L a n g e r, GZ, 1918, 88 má za to, že vzdáním se zástavy disposiční právo vlastníkovo nevznikne. Znát zákon důvod pro ně jen vyrovnání pohledávky (§ 469) a sjednocení (§1446).

[282]) Spisovatelé, kteří dávají se másti cizím vzorem, nepřipouštějí ovšem, aby vlastník zástavního práva mohl užíti, nevzešla-li pohledávka. Křiklavý je tu rozpor při kaučních hypotekách. Kauční hypoteku lze přece převésti na jiného věřitele. I po novele mohl by to tedy učiniti vlastník za přispění věřitele pomocí cesse, tak jak se to dělo před novelou při zaplacených pnhledávkách. V teorii (E i s n e r, l. c. 21) žádá se, aby prý v žádosti o přepsání listinou se prokázalo, jak veliká pohledávka vzešla. Tedy zase cesta pro fikce a nepravé údaje, poněvadž se tvrdošíjně lpí na nesprávném právnickém teoremu. Uvažme ty technické nesnáze! Všechny vlastníkovy hypoteky jsou pro obchod bezcenné, poněvadž útraty do výše, pokud nevzejdou, musí se při převodu vymazati. Jeť tu zaklínací pravidlo, že jen to právo zástavní lze převésti, v příčině něhož pohledávka vzešla. Na tomto stanovisku stojí S c h e y l. c., 209, K l a n g 151, H e n d e l, 34. I pro německé soukromé právo má S e m m e l m a n n Beiträge zum praktischen Rechte der Eigentümerhypotek, Bayreuth, 1906, 69 za to, že teprve při skončení kreditního poměru je jisto, že maximální hypoteka zanikla.

proti někomu třetímu, jest případ rovný § 1143 n. z. o.[283]) a § 1446 o. z. o. starého i nového znění. Vlastník zaplatil tu cizí pohledávku, jsa pouze hypotekářem, ne osobním dlužníkem. Zástavní právo trvá tu i s pohledávkou.[284]) Je-li vlastník dlužníkem osobním, zaniká sjednocením pohledávka, a má tu pak místo § 469 o. z. o.[285]) Přísluší-li vlastníkovi náhrada za to, že pohledávku vyrovnal, zanikla tato, a je tu také případ § 469 o. z. o.[286]) Trvá-li při sjednocení vlastnictví a hypoteky pohledávka a má-li vlastník nárok na náhradu za vyrovnání pohledávky, má nárok na podíl rozvrhu výtěžků vnucené správy a dražby. Při rozvrhu výtěžků vnucené správy jsou to tedy podle § 124 odst. 3. ex. ř. jen úroky z pohledávek vlastníkových, nikdy pohledávky samy, poněvadž vlastník nemůže proti sobě vésti exekuci. Tento jeho nárok konstruuje již teorie jako zvláštní p r á v o p o d í l n i c k é (Teilnahmerecht).[287]) Sjednocení při § 1446 o. z. o. může býti zřejmo z pozemkových knih, ale převodem pohledávky na vlastníka nelze je přivoditi, poněvadž to zákonem dovoleno není.[288]) Při nároku na náhradu podává o podílnickém nároku povždy zvěsť jen vnitřní poměr mezi stranami. Nenašel-li zákonodárce pro nárok, který má se při rozvrhu z nucené správy nebo dražby uplatniti, knihovní formy, je to jistě poměr neutěšený. Novela nechtěla převzíti německou hypoteku vlastníkovu. Chtěla vytvořiti ústav, který by se od akcessority práva zástavního příliš neodchyloval. Do jejího systemu se podílnické právo vlastníkovo nehodí. V pruském a německém právu má své organické místo. V pruském právu nabýval hypoteky s pohledávkou ten vlastník, který pohledávku zaplatil. I podle dnešního německého práva nabývá hypoteky ve formě dluhu pozemkového po samém zákonu ten vlastník, jemuž jde k dobru

283) § 1143: Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, so weit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

284) GZ. 1917, 12, E i s n e r, H e n d e l. 100.

285) E i s n e r, l. c., S c h e y, 208/3, 215/2.

286) S c h e y, 214/8, Dr. Heinrich K l a n g, Bemerkungen zu den sachenrechtlichen Bestimmungen der Zivilnovellen, Wien, 1917, 134.

287) E i s n e r, l. c., 11, K l a n g, 135 a H e n d e l, 107: Teilnahmeanspruch-, W e l l s p a c h e r, GZ, 1913, 219.

288) S c h e y, 207/a, 215/2.

fakt, který hypoteku uvolňuje. Uvolněnou hypotekou podle § 11. novely může však disponovati každý dočasný vlastník. Toliko při § 1446 o. z. o. zůstává tato disposice vyhražena vlastníkovi, v jehož osobě se věřitelství a dlužnictví sjednotilo. Ale jak tu naložiti s právem vlastníka, který má nárok na náhradu, že pohledávku vyrovnal? Vlastník ten nabývá tohoto nároku sám. Toliko on může disponovati právem zástavním a bráti podíl na výtěžku vnucené správy nebo dražby. Na jeho nástupce ve vlastnictví toto právo přejíti nemůže, leda že by mu aktem mimoknihovním zvláště bylo postoupeno.

Tento zmatek vede k velikým nesnázím teorie, jak tento náhradní nárok skonstruovati. Vždyť by zde vlastně nebyl, pokud k rozvrhu výtěžků vnucené správy nebo drazby nedošlo. Podílnické právo vlastníkovo má prý po samém zákonu sílu, kterou při tomto rozvrhu zazáří. Dříve neexistuje. Vznikne prý až v té chvíli.[289]) Nesprávnost náhledu toho ovšem dokazuje poukaz na vlastníkovu hypoteku německou, která jest vzorem podílnického práva vlastníkova. Doba vyrovnání pohledávky je tu rozhodna, ne teprve náhodná chvíle rozvrhu. Důvody panské sněmovny chtějí toto právo ještě podepříti poukazem na právo římské,[290]) ale není tu žádné vývojové souvislosti. Není tu také potřebí konstruovati nárok náhradní jen pro rozvrh, je-li tu možnost, aby se disposicí vlastníkovou využitkovalo právo zástavní ve svém plném rozsahu.[291])

IV. Vyloučení vlastníkovy disposice. Strany mohou disposici vlastníkovu vyloučiti. Zákonodárci přihodila se tu však konstruktivní chyba. Chtěl zameziti, aby se v dlužných listech nevyskytovala pravidelná doložka, že se vlastník své budoucí hypoteky zříká. Dal však své zápovědi nesprávný směr. Spatřoval takového nebezpečí u zástavního práva, které se nově zřizovalo, a to nesmělo býti zbaveno naděje, že se ho ku příští

---

289) Hendel, 111.

290) Bericht der Kommision für Justitzgegenstände, 62.

291) CB 1917, 564. Hecht odmítá princip novely, aby se na úkor zadních hypotekárů vlastníkovi ku krytí jeho náhrady při rozvrhu něco přikázalo. Navrhuje (567), aby se konečná věta § 470 o. z. o. škrtla. Viz též NZ, 1910, č. 13. Randa, a 1916, č. 31. Dr. W., Die Eigentümerhypothek. Wellspacher, l. c., 221.

vlastníkově hypotece použije.[292]) Zatím však nebezpečí leželo u hypotek předchozích. Trvalou existencí těchto hypotek je přirozeně povždy dotčen zástavní věřitel, který své zástavní právo teprve zapisuje. Budou-li hypoteky před ním prostřednictvím hypoteky vlastníkovy stále se obnovovati, nepolepší se pořadí jeho hypoteky nikdy. Dosavadě mimo málo účinný článek XXVIII uv. zák. k ex. ř. neměl zadní hypotekář pro své domnělé právo na vzestup žádných prostředků. Zákonodárce dal mu k tomu prostředek. Je to poznámka v knihách pozemkových, kterou se všechny příští vlastníkovy hypoteky při příležitosti, když se některé právo zástavní za nimi zapisuje, znemožní a zničí. Zákonodárce dal tedy zadním hypotekářům více, než dříve měli. Ve vlastníkově hypotece zřídil sice ústav, který vzestupu brání, ale zároveň dal zadním věřitelům možnost, aby si tento vzestup zajistili.

Zákondárce chtěl docíliti jen to, co lze získati § 1179 n. z. o. a § 814 zák. švýc.[293]) Užil však prostředku, který účinky § 1179 n. z. o. předčí. Z § 1179 n. z. o. vzniká oprávněnému nárok, aby vlastník hypoteku vymazal, jakmile se s jeho vlastnictvím sjednotí. Tento nárok může býti záznamem (Vormerkung) zajištěn. Záznam tento nebrání vzniku vlastníkovy hypoteky. Tato je právě jeho podmínkou. Nárok vzniká teprve tehdy, až hypoteka vlastníkova povstane. Nárok tento nebrání, aby vlastník hypotekou disponoval, tudíž dluh pozemkový na nějakého jiného věřitele převedl. Záznam činí nárok účinným i proti této osobě. Jistě i podmínka, jakou má § 1179 n. z. o. měla býti i podmínkou § 469a

[292]) GZ, 1918, 194. Dr. Hans Hecht, Das Verfügungsrecht des Eigentümers über bestehende Hypotheken, připomíná také, jak již jiní vytkli, že se u zřizované hypoteky zřídka vyskytne zájem věřitele, aby vlastníka ku vyloučení jeho disposičního práva přiměl. Vyloučení toto je ostatně zapovězeno jen při zřízení hypoteky, ale nikoli kdykoli potom. Mínění komise panské sněmovny, že se vylučovaná doložka nestane typickou součástí dlužních listů bylo optimistické, poněvadž velký interes na vyloučení předních hypotek měly hypoteky zadní. Úprava novely neodpovídá tedy věci. Svoboda smluvní zneužívá se tu na škodu celého institutu Srvn. JB, 1916, 25 Ofner, Zur Novelle des a. b. G. B. Závěrečná věta § 469 a o. z. o. je rána do vody. Tamže na str. 181 předpovídá, že se stane předpis § 469 a o. z. o. trvalou formulí dluhopisů.

[293]) 78. der Beil. zu den stenogr. Prot. des Herrenhauses. XXI. Session 1912, 62.

o. z. o. Nebyla však vyslovena. V tomto §u nestojí, že osoba, j[…] slib na výmaz hypoteky svědčí, má tento nárok, když dluh zp[…] soby dle § 469 o. z. o. zanikl. Stojí tam naopak všeobecně, [ž]e vlastníkův depurační závazek v příčině nějaké hypoteky má te[n] účinek, že vlastník touto hypotekou disponovati nemůže. Úči[n]ek tento je pak dále ještě vázán na podmínku, že tento depu[]rační závazek byl v knihách poznamenán. Dle § 1179 n. z. o. cí[lí] závazek vlastníkův, že hypoteku vymaže, k tomu, aby se práv[o] jeho provedením (výmazem) další disposice vlastníkova znemo[ž]nila. Podle § 469a o. z. o. již pouhé poznamenání závazku n[a] výmaz má účinek, že se tu hypotekou nemůže disponovati. Účin[]ků § 1179 n. z. o. bylo by se dosáhlo stylisací, že nárok n[a] výmaz uvolněné hypoteky může býti v pozemkových knihác[h] poznamenán. Dnešní stylisace může sloužiti ještě účelům, kte[ré] sahají přes § 469 o. z. o. Vlastník a také všichni jeho nástu[p]cové mohou býti zavázáni, aby některou hypoteku vymaza[li] dříve, než by snad sami se k tomu byli odhodlali. V pozemkovýc[h] knihách může býti poznamenán také závazek, aby některá ješ[tě] trvající hypoteka do určité doby byla vymazána.

Poznámka depuračního závazku má účinky absolutní. Zn[e]možňuje vlastníkovu disposici. Knihovní soudce musí ji respe[k]tovati a všelikou vlastníkovu disposici odmítnouti. Smlouva n[a] výmaz nesmí býti uzavřena o zástavním právu, které se zřizuj[e,] ale může býti uzavřena o všech hypotekách předchozích a so[u]časných. Může býti uzavřena i s osobami, které teprve chtějí n[ě]jaké věcné právo na nemovitosti získati. Také s těmi, o jichž z[a]psané již hypoteky jde. Tak lze vyložiti slova § 469 o. z. [o.] »einem andern gegenüber«, která doslovně byla vzata z § 11[79] n. z. o.[294]) V zákoně není však zmínka o tom, že poznámka ta[to] je vázána na existenci práva, v jehož prospěch se získala. Jde o interesenta, který své právo teprve zapsati chtěl, nemusí

294) BGB. § 1179/7. Může to býti také prodavač nemovitosti, m[á] zájem na tom, aby pozdější hypoteky došly úhrady. Také rukojmě za[…] hypoteky. Viz GZ, 1918, 196 Hecht. Klang, GZ, 1918, 265 připou[ští] k vylučovací smlouvě jen zapsané interessenty. Také věřitel, jehož pra[vo] zástavní se právě zapsalo, dá-li si za ním další položku zapsati a při[…] výmaz předchozí přislíbiti a knihovně poznamenati. Viz JB, 1916, 3[…] Dr. P. S., Bemerkungen zu den Teilnovellen zum allgemeinen bürge[rlichen] Gesetzbuche.

tomuto zápisu vůbec dojíti. Ale může se státi, že právo takové zanikne dříve ještě než pohledávka předchozí. Podle doslovného znění zákona není poznámka tato na existenci takového práva vázána a bude trvati i po jeho výmazu. Přes to klonili bychom se k názoru, že by bylo možno, aby ve kvitancích a výmazných prohlášeních na práva, pro něž poznámka byla získána, na výmaz její mohlo se svolovati. Také Ohanowicz váže poznámku na úmluvu s věřitelem, kterému se má dostati lepšího postavení a dohodě s ním může býti tato poznámka vymazána.[295]) Hecht naproti tomu považuje to za nemožné. Pro pozdější hypotekáře nemusí se zapisovati poznovu. [296])

V. Pořad zbytkové hypotéky, nového práva zástavního a práva vlastníkova. Nedostatek podobného předpisu jako je § 1164 a 1176 n. z. o. vedl již teorii, aby jej z povahy věci sama doplnila. Schey[297]) vyslovuje se pro přednost zbylé hypotéky před nově povstalým nebo převedeným právem zástavním. Důvod, který pro svůj náhled uvádí, je zcela případný. Disposiční právo vlastníkovo brání vzestupu zadních věřitelů. Jeho hrot obrací se proti hypotekáři. Rakouská judikatura, i teorie podobné případy již dříve stejným způsobem řešila. Tak rozhodnutí nejv. soudu ze dne 25. srpna 1880 č. 9861 (GW, 8073) připustilo pro práva zástavní, zapsaná za sebou sukcessivně v pořadí poznámky pořadu sukcessivní prioritu. Neníť § 29 kn. ř. s § 53 kn. ř. v nijaké kollisi. Poznámka chrání pouze pořad před zápisy následujícími. Jak vyhražené pořadí, tak uvolněné právo zástavní jsou rámcem, v němž v řadě svých zápisů (§ 29 kn. ř. odst. 1) jdou práva za sebou.[298]) I pro vlastníka s podílnickým

[295]) Przegląd prawa i administracyi, 1917, 315. Dr. Alfred Ohanowicz, O rozrządzaniu właściciela hypoteką.

[296]) GZ; 1918, 197 Hecht. Viz proti tomu GZ, 1918, 266 Dr. Heinrich Klang, Zur Auslegung des § 34, III. Teilnovelle (§ 469 a ABGB). Tmy I novely je chrániti jen jednotivce. Novela zásadně odpírá právu zadních věřitelů na vzestup. Klang je proto stejného náhledu jako Ohanowicz.

[297]) GZ, 1916, 209/3.

[298]) Viz k tomu GZ, 1910 č. 35, Dr. Georg Trammer, Die Wirkung der Rangordnungsvormerkung, Dr. Heinrich Bartsch, Das österr. allgem. Grundbuchsgesetz 3. Aufl., Wien, 1898, 531, Proti polcení pořadí se vyslovuje ZN, 1910, č. 41 Dr. Heinrich Touaillon, Die Anmerkung der Rangordnung, a GZ, 1910, č. 23 a 43 Dr. Leo Elsner, Die Wirkung der Rangordnungsvormerkung.

nárokem dle § 470 o. z. o. vystačí se s hájeným principem. Když vlastník právo zástavní zřídil, dal mu pořadí před sebou. Tento pořad trvá, ať pro hyperochu z celé nemovitosti, ať pro jeho hypoteku, která mu připadá, poněvadž se právě vyrovnáním pohledávky uvolnila.

Svoboda[299]) chce tu zavésti »podpořadí«. Ale této nové formy není potřebí, vždyť jde jen o obyčejné pořadí mezi jednotlivými právy dle § 29 kn. ř.[300]) Hendel jde ještě dále. Vlastník nemůže ničeho předsevzíti, čímž by zástavní právo na jeho obsahu a objemu zmenšil. Jemu náleží, aby při převodu práva zástavního na novou pohledávku zbylé pohledávce přednost zapsal. Neučiní-li tak, může dřívější věřitel nový zápis dle § 61 kn. ř. v odpor vzíti a žalobou za zápis poznámky přednosti žádati.[301])

Někteří spisovatelé jsou ovšem náhledu, že princip §u 1179 n. z. o. nedá se jen tak zhola z pojmu rak. práva zástavního dovoditi. I navrhují jiné prostředky. Tak Klang doporučuje, aby si věřitel již v dluhopise vyhradil, že právo převedené má pořadí až za jeho zbylou pohledávkou.[302]) Prakse se takovýchto způsobů chopila a užívá při dluhopisech doložek, jimiž dlužník svoluje, aby do dílečné kvitance vzalo se ustanovení, že převod práva zástavního za vyrovnaný díl jen za současné poznámky přednosti za zbytek může býti proveden, a že se dlužník vzdává dílečné kvitance, v které by této poznámky nebylo. Tyto výhrady zavazovaly by dlužníka jen obligačně. Knihovně nebyly by účinné, poněvadž přednost musí býti poskytnuta od toho, jehož právo se jí obmezuje.[303]) Ohanowicz činí rozdíl mezi hypotekou, při níž pohledávka zůstala, a hypotekou, při níž pohledávka zanikla. Hypoteka s pohledávkou bude konkurovati s hypotekou zbytkovou. Bude-li z disposice vlastníkovy zapsána pohledávka nová, bude míti pořadí až za zbytkem pohledávky.[304]) Prakse

---

[299]) Právník, 1916, 600, Dr. Emil Svoboda, O vlastníkově právu nakládati hypotekou.

[300]) Viz též Trammer, l. c.

[301]) Hendel, 73.

[302]) Klang, 142.

[303]) GZ, 1916, 428, Julius Langer, Das Verfügungsrecht des Eigentümers nach § 33 der III. Teilnovelle.

[304]) Przegląd, 1917, 309.

korutanská připouštěla knihovní poznámku, že po částečném zaplacení bude míti nové právo zástavní pořad za pohledávkou zbytkovou. Strany mohly ji zapsati z opatrnosti, třeba by zbytková pohledávka již po zákonu měla přednost.[305]) Také prakse česká schvalovala tuto poznámku, aby se příštím sporům předešlo.[306])

Takováto právní nejistota zbytkových hypotek přiměla v rakouské republice v červnu r. 1919 státní úřad pro spravedlnost, aby vyžádal si dobrého zdání od nejvyššího soudu. Nejvyšší soud prohlásil pak svým usnesením ze dne 8. října 1919 č. 600 tuto zásadu: »Nakládá-li vlastník podle předpisů třetího oddílu 6. titulu III. dílčí novely k obč. zákonníku (cís. nař. ze dne 19. března 1916 č. 69 ř. z.) zástavním právem za zaniklou část zástavní pohledávky, přísluší zástavnímu právu za zbytkovou pohledávku přednost před zástavním právem za pohledávku novou.«[307]) Důvody usnesení jsou obšírné. Vyjímáme z nich některá místa. Zákon jedná pouze o převodu zástavního práva jako celku Převede-li se právo jen částečně, nelze z něho učiniti si nijaký úsudek, že pořadí zůstává jednostejné. Zástavní dlužník, který zřídil věřiteli právo zástavní na všechny díly svého svobodného vlastnictví, nemůže na jeho škodu jeho nabyté zástavní právo poškozovati a umenšovati. Přejde-li díl hypoteky bez vůle věřitele na někoho jiného, nemůže mu z toho vzejíti žádná újma. Podle § 469 o. z. o. musí zástavní dluh býti vyrovnán, aby mohlo býti zástavní právo na novou pohledávku převedeno. Právo tohoto věřitele nemá stejného pořadí s právem věřitele zbytku. Vede-li nový věřitel exekuci vnucenou dražbou, může věřitel zbytku žádati, aby prozatímně zjištěn byl stav břemen, a podati pak odpor proti příklepu, nebude-li proň dostatečné úhrady. Disposiční právo vlastníkovo předpokládá, že právům věřitele bylo dosti učiněno. Práva

[305]) GZ. 1919, 179, Dr. Max Hantsch, Teilzahlungen und das Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek.

[306]) NZ, 1917, 246, Dr. Eduard Halla, Zur Eigentümerhypothek.

[307]) Deutsche Sparkassenzeitung, 1920, 16, Dr Ernst Durig, Pfandvorrang der Resthypothek vor der an die Stelle eines getilgten Teilbetrages tretenden neuen Forderung (Gutachten des Obersten Gerichtshofes). Dobré zdání uveřejněno bylo také ve Verordnungsblatt des Staatsamtes für Justitz z 30/12 1919, str. 149 a násl. Shora uved. časopis byl mně dán ku disposici p. Drem Srbem, koncipistou v ministerstvu spravedlnosti, začež mu zde děkuji.

tato podle náhledu zákonodárce nemají spolu přijíti do kolise. Co platí o celé pohledávce, musí platiti také o její části. Část pohledávky nemůže míti horší právo než pohledávka celá. Částečným splacením nemůže se právní postavení hypotekárního věřitele zhoršiti. Právo vlastníkovo týká se disposice uprázdněným zástavním místem. Do nabytých práv zbytkového hypotekáře nesmí se jím zasahovati. Kdyby se pořadí rozdělilo, dalo by se nabyté právo věřitele starého věřiteli novému. Výhradné právo věřitele starého by se tím zničilo. Má-li však stará pohledávka míti prioritu před novou, musí ji podle § 29 kn. ř. pořadem předcházeti. Totéž platí i pro všechny nové dílčí pohledávky, které postupně zaujmou místo staré pohledávky. Stejně tak má i náhradní nárok zadního věřitele dle § 222 ex. ř. pořad za zbytkem simultánní hypoteky na hypotekách vedlejších. I zde má simultánní věřitel přednost přede všemi věřiteli zadnějšími, a v tomto právu nemůže býti zkrácen aktem soudním, který provede se bez jeho vůle.

VI. Subjekt disposičního práva. Podle obč. zákonníka německého nabývá hypoteky ten vlastník, za jehož vlastnictví se nějaký její nabývací důvod uskuteční. Podle novely je subjektem jejím každý dočasný vlastník. Vázne-li právo zástavní na podílu spoluvlastnickém, tedy ten který spoluvlastník. Je-li více spoluvlastníků, jsou jejími subjekty všichni spoluvlastníci. Právě tak, jako nelze bez jejich společného souhlasu nemovitost zavaditi, nelze ji také zavaditi pohledávkou novou. Nějaké rozdělení vlastníkovy hypoteky mezi ně není možné. Neznáť zákon žádného počátečního založení vlastníkovy hypoteky, nýbrž teprve vznik její potomní. Kdyby se hypoteka na celé věci mezi spoluvlastníky rozdělila, zřizovala by se na podílech vlastnických nově. Jsouť tyto podíly jiný zástavní předmět než věc celá. Při simultánním právu zástavním je subjektem vlastník, kterému všechny simultánně zavazené nemovitosti patří, při různém vlastnictví všichni vlastníci. O subjektu s podílnickým právem stala se zmínka pod č. III.

VII. Disposice hypotekou simultánní. Poměr simultánních hypotek řešíme v díle II. Zde stůjž několik rysů, jak jej řeší teorie. Náhledy se hlavně rozcházejí, jaký poměr nastane, jsou-li tu různí simultánní vlastníci. Jedni na způsob něm. obč. zákonníka (§ 1172) mají za to, že povstane mezi nimi spole-

čenství. Právo disposiční připadne všem vlastníkům nedílně.[308]) Všem dohromady náleží jim disposice hypotekou. Společenství toto posuzuje se podle § 825 o. z. o. Jiní se domnívají, že zánikem pohledávky zaniklo nedílné právo zástavní. Každý vlastník může disponovati jen v hranicích § 222 ex. ř. na svém vlastním pozemku. Tuto mez může soudce určiti nespornou cestou.[309]) Zastanci tohoto názoru dospívají k tomuto řešení z povahy vlastníkova práva disposičního. Tak Klang míní, že nikoli vlastníkova hypoteka, nýbrž jen toto právo disposiční vlastníkovi připadne. Výkon práva toho jedním nebo všemi vlastníky na všech simultánně zavazených nemovitostech je pojmově vyloučen.[310]) Při tom ovšem přehlíží, že slovy »právo disposiční« není ničeho řečeno, poněvadž disposice je výkon nějakého práva, které tu již je. Stejně Hendel řeší poměr simultánních hypotek. I jemu jest východiskem povaha vlastníkova práva, o níž v II. díle bude zmínka. Ale Hendel sám přiznává, že není vyloučeno, že vlastníci simultánně zavazených pozemků i po zániku dluhu při dalším zavazení svých nemovitostí společně setrvají.[311]) Je se tedy diviti, že Hendel odpírá tomuto společnému činu všech vlastníků také společný právní základ.

Uvolní-li se hypoteka na simultánně zavazených nemovitostech jednoho vlastníka, nemůže rozděliti svou disposici na jednotlivé pozemky, jak to při dluhu mohl učiniti simultánní věřitel.[312]) Vzdá-li se[313]) věřitel zástavního práva na jednom ze simultánně zavazených pozemků, tu podle Hendla nepovstane žádná změna mezi hypotekami. Zůstanou zadním věřitelům i nadále zavazeny ku postihu.[314]) Vlastník nabude teprve po vyrovnání postižní pohledávky svého práva disposičního.

Provede-li se rozdělení vlastníkovy hypoteky dle § 222 ex. ř.,

---

[308]) GZ. 1918. 85, Julius Langer. Das Verfügungsrecht des Eigentümers nach der III. Teilnovelle bei Simultanhypotheken.

[309]) Hendel, 123. Je-li neshody, soudí Langer, GZ. 1918, 86, může se tak státi jen sporem.

[310]) Klang, 149.

[311]) Hendel, 124, jinak Eisner, 137, Klang, 151.

[312]) Eisner (GZ. 1917, 137) rovná tu vlastníka zástavnímu věřiteli. Správně na poměr dle § 222 ex. ř. odkazuje vlastníka Hendel, 122.

[313]) Hendel, 104—106.

[314]) Hendel, 125.

musí se na každé hypotece právo zástavní za zbytek pohledávky vymazati.[315])

Nabude-li vlastník, nejsa osobním dlužníkem podle § 1446 o. z. o. simultánní hypoteky i s pohledávkou, je věřitelem, který z povahy věci jenom tím je omezen, že nemůže na své vlastní věci proti sobě exekuci vésti. Ke všem jiným disposicím je oprávněn. Může se také zástavního práva vzdáti, což ovšem na právu zadních věřitelů dle § 222 ex. ř. ničeho nezmění. Stejný účinek by mělo i jeho rozdělení hypoteky, kdyby je činil mimo jiný poměr než dle § 222 ex. ř.[316])

Převezme-li kdo s jednou ze simultánně zavazených nemovitostí podle § 1408 o. z. o. na sebe dluh simultánní, má to jen vliv pro osobní poměr mezi ním a věřitelem. Na simultánní hypotece se tím ničeho nezmění. Hypoteka na ostatních nemovitostech se neuvolní.

VIII. Výkon práva dispozičního. Výkon disposičního práva vlastníkova bude se lišiti podle toho, zda půjde o § 469 nebo o § 1446 o. z. o. V prvním případě převede se zástavní právo na novou pohledávku, v druhém zapsané zástavní právo se starou pohledávkou. Důsledek romanistického názoru je, že při § 469 o. z. o. považuje se pohledávka za zaniklou samа sebou. Neděje se proto o ní při knihovním převodu práva zástavního žádná knihovní zmínka. Je to povážlivé vzhledem k tomu, že co je zapsáno, zůstává stále zapsáno, pokud se to nevymaže. Ale dalo by se to odůvodniti ještě jiným způsobem. Zápisem zástavního práva za osobní pohledávku nebyla osobní pohledávka na nemovitost nijak radikována. V její výši a se všemi jejími modalitami byla tam radikována pohledávka reální, která má samo-

---

[315]) Hendel, 126.

[316]) Hendel, 127, se domnívá, že je jediný vlastník více simultánně zavazených pozemků na rozdělení dle § 222 ex. ř. vázán. Zadní věřitelé měli prý by dle § 61 a násl. kn. ř. právo žaloby. Stejného mínění je Hendel, 129, nabude-li vlastník, nejsa osobním dlužníkem, na více cizích simultánně zavazených nemovitostech simultánní pohledávky, ač pohledávku tuto může v celku na jiného převésti. Když rozvrhne pohledávku podle klíče § 222 ex. ř. na jednotlivé vlastníky, musí prozatím na jméno dřívějšího simultánního věřitele na svém pozemku pohledávku nechati (!!). Tato teoreticky důsledná dedukce ukazuje jen technicky pochybenou konstrukci zákonodárce, který ani tu nechce připustiti přepis pohledávky na vlastníka.

statnou na zápis vázanou existenci. Zápisem takovéto reální pohledávky přistupuje tato samostatně k osobní pohledávce, tvoříc s ní jakousi korrealitu.[317])

Převod práva zástavního může se díti jen na základě listin vkladu schopných. Taková musí býti kvitance nebo i jiná listina, která prokazuje, že zástavní dluh zanikl nebo vůbec nepovstal. Ze znění §u 469 o. z. o. nelze dedukovati, že by stačila listina prostá. Listina musí míti všechny náležitosti, aby podle ní i plný výmaz práva zástavního mohl býti proveden. Poněvadž se převodem starého práva zástavního na pohledávku novou vlastník zase zavazuje, musí býti připojen vkladu schopný list o nové pohledávce.[318]) Stejným způsobem povede si vlastník, který má podle § 470 o. z. o. postižní nárok proti někomu. Bude-li jej moci uplatniti mimo knihy, přijde mu k dobru. Jinak najde ve valutě nové pohledávky svou odškodněnou.

Zástavní dluh, při prvním zápisu práva zástavního zapsaný, je pro novou pohledávku se všemi jejími vedlejšími povinnostmi nepřekročitelná mez. Při rozvrhu bude třeba jen tohoto rámce si všímati a nové pohledávky jen potud, pokud rámce nedosahuje.

Právo, aby za předchozí zjištění stavu závad žádal, vlastník nemá.[319]) Právo toto dává se §em 164 ex. ř. pouze věřiteli. Je podkladem práva odporu proti příklepu dle § 190 ex. ř. I tento § chce chrániti jen pohledávku, pro niž zástavní právo na dražebné nemovitosti vázne. Na výši hypoteky vlastníkovy přes to třeba vzíti zřetel, zjišťuje-li se stav břemen, poněvadž vlastník až do příklepu svým právem zástavním může disponovati. Poněvadž však vždy je možno, že tak neučiní, musí se poříditi dva stavy břemen, jeden se zástavním právem vlastníkovým a jeden bez tohoto práva zástavního. To plně odpovídá také principu, vyslovenému v § 166 ex. ř., že pohledávky neurčité výše mají se po-

---

[317]) Viz díl I, § 4. K pozn. 50).

[318]) Dr. Emil Svoboda, O vlastníkově právu nakládati hypotekou, str. 9. (Právník, LV, seš. 18.) Gmeyner, JB, 1918, 195, spokojuje se s ověřenou žádostí, poněvadž prý kvitance je podle § 469 o. z. o. převodní titul. Zástavní svolení není potřebí, poněvadž tu zástavní právo již je. Je-li pohledávka nová totožna se starou, není potřebí ničeho více. Není-li, stačí prostý dluhopis bez zástavního svolení. Opis jeho dá se do sbírky listin, aby se zásadě veřejnosti pozemkové knihy vyhovělo. Převodním důvodem, který se dle § 26 kn. ř. žádá, je sám zákon

[319]) Hendel, 87 a násl.

čítati podle svého nejvyššího obnosu. Poněvadž při § 469 o. z. o. není vlastníkovo právo disposiční z knih pozemkových zřejmo, přesvědčí se o něm soudce teprve ze spisů, které mu budou předloženy. Stav závad bude složitý, bude-li se vlastníkovo právo disposiční několikrát vyskytovati. Doporučovalo by se, aby se vlastníkovi právo na předchozí zjištění stavu břemen přiznalo. Vždyť jeho hypoteka svou podstatou právě obrací se proti hypotekářům, kteří jdou za ní. Třeba dosavad věřitele neměla, musí již napřed míti právo, aby právo jeho chránila.

Je-li spojen s disposičním právem vlastníkovým nárok proti někomu třetímu, je vlastník také věřitelem, a pak má také všechna práva, která se jeho prostému právu disposičnímu odpírají. Vlastník bude moci zejména žádati, aby závady byly prozatímně zjištěny a bude moci dle § 128 odst. 2. a 213. odst. 1 ex. ř. proti příklepu podati odpor. Poněvadž poměry, které se týkají náhrady vlastníkovi za vyrovnání pohledávky dle § 470 o. z. o., nejsou z veřejných knih znatelny a poněvadž může vlastníkovi příslušeti disposiční právo, ačkoli formálně je na někoho jiného právo zástavní zapsáno, musí býti vlastník povzdy podle § 171 ex. ř. vyzván,[320]) aby soudu, nejposléze při dražebním roku před početím dražby oznámil, jak veliký je jeho podíl na náhradu za vyrovnání pohledávky a zda jeho hotové zaplacení žádá. Učinil-li tak teprve při rozvrhovém usnesení, bude přihlášená pohledávka vydražitelem převzata. Jakým způsobem se to v knihách provede, zákon nepovídá. Patrně by asi podle rozvrhového usnesení musel býti vložen převod práva zástavního za pohledávání zaniklé na pohledávání dřívějšího vlastníka, dotyčně pouze za část tohoto pohledávání spolu s výmazem části druhé.

Otázka, zda disposiční právo vlastníkovo exekuci podléhá, je v teorii sporna. Již důvody panské sněmovny a podle nich celá řada spisovatelů ji vylučuje. Stejným způsobem nemůže prý vytrženo býti z práva vlastnického některé jeho oprávnění, jako ku zcizení, zastavení atd., aby exekucí mohlo býti postiženo.[321]) Disposiční právo vlastníkovo je výronem totality práva vlastnického, i nemůže, leč se samým vlastnictvím na někoho býti pře-

[320]) Eisner (GZ, 1917), 42.

[321]) Bericht der Kommission des Herrenhauses, 60, Schey, 211/6, Klang, 132, Hendel, 56.

vedeno.[322]) Jiní naopak chtějí toto právo exekučním prostředkům podrobiti.[323]) I ti, kdo vylučují exekuci, připouštějí přece disposici správcem konkursní podstaty.[324]) Není tedy příčiny, aby nebylo přiznáno i jednotlivé exekuci, co při vespolné exekuci v konkursním řízení je možno. Exekuční řád měl by však býti doplněn novým druhem exekuce, exekučním převodem vlastníkova práva zástavního na pohledávku vymáhajícího věřitele.

Nárok náhradní dle § 470 o. z. o. je pohledávka neknihovní. Lze tedy naň jako na pohledávku neknihovní vésti exekuci. Nárok se zabaví a přikáže se na místě placení. Proč nelze jej přikázati ku vybrání, bude uvedeno níže při § 1446 o. z. o. Poněvadž právo zástavní vázne podle § 470 o. z. o. za pohledávku vlastníkovu, třeba by se to v knihách neobjevovalo, přechází tento nárok i s právem zástavním na vymáhajícího věřitele. Dosavadní zaplacený věřitel je povinen vydati mu o tom prohlášení. Nevyhoví-li, může nárok tento žalobou a pak podle § 350 ex. ř. i exekucí býti vymožen.[325])

Jako doba, do kdy vlastník může své disposiční právo provésti, uvedena je v § 470 o. z. o. dražba a povolení vnucené správy. Tento druhý konečný termin zbyl s malou změnou z původní vládní předlohy. Tato jak při dražbě, tak i vnucené správě určovala jej faktem zavedení těchto exekučních aktů. Moment vydražení určen správně jako konečný termin pro disposici vlastníkovu. Vydražením přestává býti vlastníkem. Při vnucené správě však takovéhoto momentu není. Komise panské sněmovny se domnívala, že při vnucené správě termin vlastníkovy disposice určí přesně, stanoví-li jej okamžikem povolení vnucené správy. Tu bylo však přehlédnuto, že toto povolení může se vyskytnouti několikrát (§ 103 ex. ř.), ovšem při později přišlých věřitelích jen

---

322) GZ, 1918, 235, Dr. Julius Langer, Die Zwangsvollstreckung in das Verfügungsrecht des Eigentümers.

323) Last, 70, Wellspucher, GZ, 1913, 222, Kafka, 628, Grünzwerg, Das Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek als Exekutionsobjekt, JB, 1917, 265, připouští všeobecné zabavení všech vlastníkových hypotek. Též CB, 1918, 10, Dr. Leo Geller, Erlöschung und Erledigung des Pfandrechts.

324) Eisner, 134, Hendel 65.

325) Langer, GZ, 1918, 236, nepřipouští ani exekuce na nárok náhradní dle § 470 o. z. o. Jen nárok na příděl nejvyššího podání mohl by se zabaviti.

přístupem k zahájenému již řízení. Poněvadž však řízení o vnucené správě řídí se podle prvního návrhu a je pak až ke skončení jednotné, třeba termín vylučovací určovati jen podle prvního povolení. Než třeba by tu nový nástupce vlastníka vylučován byl z podílu na rozdělení výtěžků, měl by přece jen, ovšem někdy dost obtížnou možnost, aby sám k exekuci přistoupil a tím si podílnictví zajistil. Vzhledem tedy na nástupce vlastníkova bylo by bývalo rozumnější, aby se o vnucené správě žádná zmínka nebyla stala. Byl by tu byl úplně stačil předpis, že vlastníku nárok na rozdělení výtěžků vnucené správy nepřísluší.

Bylo-li právo zástavní nabyto podle § 1446 o. z. o. spolu s pohledávkou, disponuje jím vlastník právě tak, jako každý jiný věřitel. Převede je i s pohledávkou na někoho jiného. Teorie přiznává tu vlastníkovi právo, aby i při sjednocení dle § 1446 o. z. o. disponoval, chce-li, dle § 469 o. z. o., totiž místo aby zástavní právo se starou pohledávkou na nového věřitele převedl, převedl právo zástavní na pohledávku novou.[326]) Pak stav, který nastane, rovná se plně § 469 o. z. o., ačkoli materielně se od něho liší. Vždyť při § 469 o. z. o. pohledávka zanikla, při § 1446 o. z. o. však trvá. Svůj význam konstruktivní však tento náhled potud má, že se tu klade důraz na právo zástavní, při němž je pohledávka pouhým jeho akcessoriem, které vlastník, disponuje podle § 469 o. z. o., úplně ignoruje. Vlastník může také zástavní právo s pohledávkou dále zastaviti. Není to možno tehdy, nesjednotí-li se vlastnictví s hypotekou zevně i v pozemkových knihách. Nemůžeť podle panujícího názoru právo zástavní na vlastníka býti přepsáno, a tedy také nikoli dle § 78 kn. ř. pouze za účelem zápisu práva nadzástavního.[327])

Jako zástavní věřitel má vlastník všechna jeho práva. Toliko právo žaloby a exekuce proti sobě nemá. Také podání při dražbě nemůže dle § 180 ex. ř. činiti.[328]) Jinak přísluší mu zejména i právo, aby po zahájení dražebního řízení dle § 164 ex. ř. za

[326]) GZ, 1916, 215, Schey, Hendel, 91.

[327]) GZ, 1917, 42, Eisner, Hendel, 86, uznává, že by se tu nadzástavního práva mohlo zneužíti za tím účelem, aby se hypoteka na vlastníka přepsala a nadzástavní právo pak vymazalo. Odporučuje tedy přepis na vlastníka s právem nadzástavním a současně výmaz hypoteky vlastníkovy s výhradou § 51 kn. z. To je jistě veliká umělůstka.

[328]) GZ, 1917, 42, Eisner.

prozatímní zjištění stavu břemen žádal, a kdyby nebyla jeho pohledávka kryta, dle § 190 ex. ř. proti příklepu odpor podal. Na něho půjde také vyzvání dle § 171 ex. ř., aby prohlásil, zda si přeje zaplacení hotové. Poněvadž mimo některé případy z knih pozemkových není patrno, zda se některá hypoteka s vlastnictvím sjednotila, musí se vyzvání dle § 171 ex. ř. na vlastníka vždy státi, pokud na exekvované nemovitosti nějaké hypoteky jsou zapsány. Vlastníkovi bude také příslušeti podle § 128 odst. 2. a § 213 odst. 1. ex. ř. právo odporu proti hypotekářům předchozím.

Vlastníkovo právo zástavní bude moci i s pohledávkou exekucí na jiného býti převedeno. Je to samozřejmé, a zákon sám se o tom v §u 1446 o. z. o. zmiňuje. Je to exekuce na knihovní pohledávky. Bylo by to tedy zabavení a pak přikázání pohledávky na místě placení nebo ku vybrání. § 1446 o. z. o. tento druhý způsob vylučuje. Klade definitivní převod z ruky nebo exekuci vedle sebe. Při obou stejně má se právo zástavní na třetího převésti. Při exekuci může se to tedy díti jen přikázáním na místě placení.[329]) Také by při přikázání ku vybrání vykonával vymáhající věřitel v příčině pohledávky jen práva vlastníkova. Při hypotekární žalobě byl by tedy vlastník, zastoupený vymáhajícím věřitelem, současně žalobcem a žalovaným.[330])

Není-li sjednocení hypoteky s vlastnictvím v pozemkových knihách patrno, lze vésti exekuci jen způsobem, jak se neknihovní pohledávky zabavují. O přikázání ku vybrání platí totéž, co řečeno bylo již shora. Při tom ovšem třeba míti na paměti, že dlužník vymáhajícího věřitele a poddlužník je jedna a táž osoba. Vedle exekuce na pohledávku třeba také zabaviti nárok dlužníkův proti osobě, v pozemkových knihách zapsané, na vydání listiny převodní. Opatří-li si věřitel podle §§ 306, 346 a 347 ex. ř. vyhotovené již listiny převodní, lze pak provésti exekuci knihovní. Podle § 320 ex. ř. se účelu toho také dojde, když zabavený nárok na vydání převodní listiny se podle § 350 ex. ř. proti zapsanému věřiteli žalobou provede.[331])

---

[329]) Hendel, 102.

[330]) Hendel, 101, má sice také tyto pochybnosti, ale přenáší se přes ně, poněvadž prý vymáhájící věřitel jedná ve svém zájmu pro sebe. Viz tamže, 99.

[331]) Hendel, 93 a násl., poněkud jinak. Viz též GZ. 1918, 234. Dr. Julius Langer, Die Zwangsvollstreckung in das Verfügungsrecht des Eigentümers.

Totéž, co řečeno bylo o nároku náhradním dle § 470 o. z. o. při rozvrhovém usnesení, platí i pro vlastníka při nezapsaném sjednocení hypoteky s pohledávkou.

B) Časová zástavní místa.

I. Výhrada pořadí vymazaného práva zástavního. System novely vydává na cizí osoby psané hypoteky vlastníkovy nebezpečí z důvěry v pozemkové knihy. Aby se tomu čelilo, umožnilo se vlastníkovi, aby vymazal právo zástavní a zachoval jeho pořad zástavnímu právu novému. Tak aspoň odůvodňují tento institut důvody osnovy. Výhrada pořadí, kterou si vlastník takto získá, je však omezena na dobu tří let. Právo toto je však úplně samostatné. Podmínky jeho musí se tedy posuzovati zvláště. Pořad má každé zástavní právo, ať jeho pohledávka vzešla nebo nevzešla. Vymaže-li se proto toto právo, je úplně lhostejno, jaká byla pohledávka, kterou pojišťovalo. Snad právě proto bylo vymazáno, poněvadž tato pohledávka byla neplatná. Pořad jeho však se zachovává, poněvadž to jest právě to nejcennější při každém právu zástavním, i také při zástavním právu za pohledávku neplatnou.[332]) Bylo by to prapodivné, aby se při »vymazaném« právu zástavním, které přece již zaniklo, mělo ještě přetřásati, zdali i tehdy, kdy vymazáno nebylo, za platnou i neplatnou pohledávku vázlo. Výmazem je všechna právní existence dřívější pohledávky jednou pro vždy odbyta. Kdyby tu měla býti mezi §§ 469 o. z. o. a 37 III. nov. jednota předpokladů, musila by také býti při § 38 III. nov. I tu musilo by se žádati, aby právo zástavní, v jehož pořadí má nové právo býti vloženo, toliko platnou pohledávku pojišťovalo. Právě opačné důsledky vedly nás k tomu, že jsme právě z §§ 37 a 38 III. nov. na to poukazovali, že ani § 469 o. z. o. nevyžaduje platné pohledávky. Zákon jistě nemínil vypustiti hypoteky kauční z disposice dle § 37 III. nov. Při staré kauční hypotece nemusila vůbec ani žádná pohledávka vzejíti. Právo zástavní se prostě vymaže, a pořad jeho na novou kauční hypoteku pro jiný snad právní poměr anebo na vzešlou již pohledávku převede. Vždyť i samo zachované pořadí svou povahou — a svědčí o tom i slova »im Rang

[332]) GZ. 1917, 21, Eisner, žádá stejných podmínek i pro § 469 o. z. o., i pro § 37 III. nov. Také Klang, 161.

u. bis zur Höhe des gelöschten Pfandrechtes« — jest rámec, který kauční hypotece se podobá.

§ 37 III. nov. má dva předpoklady: 1. musí tu býti výmaz práva zástavního a 2. poznámka v pozemkové knize, že zápis nového práva zástavního v pořadí a do do výše vymazaného práva zástavního zůstává do tří let po povolení poznámky vyhražen. Poznámka tato musí se státi současně s výmazem (§ 37 III. nov.: »zugleich«).

Z povahy věci plyne, že jen tehdy může si vlastník při výmazu starého práva zástavního pořad pro nové právo zástavní vyhraditi, má-li disposici výmazu. Vyloučeny jsou tedy všechny ty případy, kde se právo zástavní, nikoli na návrh vlastníka, nýbrž z úřední moci vymaže (§§ 49, 123 kn. ř., § 88 ex. ř., § 39 III. nov.). Ovšem může před tím, než k úřednímu výmazu dojde, tuto disposici činiti. Zůstane platna, neprovede-li se výmaz úřední, vymaže se, dojde-li k němu. Ale i tam, kde má sice vlastník disposici výmazem, ale nemá disposici pro vklad nového práva zástavního, nemůže se pořad starého práva zástavního vyhraditi. Je-li při hypotece dle § 469a o. z. o. depurační poznámka, nelze jí ani pro výhradu dle § 37 III. nov. použiti.

Také nestačí výmaz zaznamenaného práva zástavního. Záznam je výminečný zápis práva zástavního, zakládající již pořad pro vklad. Potřebuje spravení. Bylo by tedy aspoň potřebí, aby se záznam spravil a pak zástavní právo s tříletou výhradou pořadu vymazalo. Pořadí může býti také vyhraženo, vymaže-li se právo zástavní, v jehož pořadí a do jehož výše bylo dle § 38 III. nov. nové právo zástavní vloženo. Kdyby se to nemělo připouštěti, byl by vlastník velice obmezen, muse snad vyčkávati, až lhůta jednoroční dle § 38 III. nov. uplyne. Vklad v pořadí dle § 38 III. nov. neukládá mu žádné jiné povinnosti, než aby staré zástavní právo vymazal. Neučiní-li tak, nesplní se výminka, pod kterou bylo nové zástavní právo zapsáno, a vymaže se z úřední povinnosti. Totéž musí platiti, vymaže-li sice vlastník staré zástavní právo, ale s výhradou pořadí do tří let. Výminka se ovšem splní, vymaže-li ve lhůtě jednoroční poznámku vyhraženého tříletého pořadí.

Také pořad práva zástavního, které se vymazává s výhradou § 51 kn. ř., může do tří let býti zachován. Vlastník nebude moci však do té doby právo své vykonat, dokavad nebude snad zástav-

ní právo vymazáno. Jeť právě ještě pro toto právo nadzástavní hypoteka zachována. Vymazávají-li se práva zástavní, kterých vydražitel nepřevzal na srážku z nejvyššího podání, nelze pořadí jich vyhraditi. Výmazy těmi provádí se jen rozvrhové usnesení. Vydražitel neprovádí jich jako vlastník.

S výhradou § 37 III. nov. může býti vymazána i hypoteka simultánní. Poznámka výhrady pořadu bude se museti provésti ve všech vložkách, poněvadž v každé má simultánní právo zástavní svůj pořad zvláštní. Ve vedlejších vložkách budou při tom dvě poznámky: poznámka výmazu a poznámka pořadu. Případy, ktere tu nastanou, třeba řešiti stejným způsobem, jako zůstalo-li po zániku pohledávky simultánní právo zástavní i nadále ve veřejných knihách váznouti. Vlastník všech simultánních objektů nebo různí jich vlastníci společně mohou v pořadí a do výše vymazaného práva zástavního nové právo zástavní zapsati. I zde tvoří různí vlastníci mezi sebou společenství. I tu mohou dle § 222 ex. ř. mezi sebe pořadí rozvrhnouti. Mohlo by se však tak státi pouze u příležitosti zápisu nových solohypotek na jednotlivých tabulárních objektech. Není technicky možno, aby se na ně samo vyhrazené pořadí takovýmto způsobem rozvrhovalo. Není proto žádná tabulární forma. Při zápisu solohypoteky objeví se pak na jednotlivých objektech číselně menší hypoteka. Solohypoteka bude pak ukazovati, že se v pořadí staré simultánní hypoteky pořad její získal.

Pořad starého simultánního práva může býti také vyhražen při jeho výmazu částečném, propustí-li se jen jedna nebo jen některé vložky ze společného závazku. Praktický význam to ovšem bude míti jen tehdy, pokud do tříleté lhůty bude moci pořad celého simultánního práva převeden býti na nové simultánní právo zástavní nebo rozvržen dle poměru § 222 ex. ř.

Při § 37 III. nov. není potřebí podobné vylučovací doložky, jakou zná § 469 a o. z. o. Je-li ještě zapsáno právo zástavní, postačí tu doložka dle § 469a o. z. o. Je-li již zapsán jeho výmaz s poznámkou výhrady pořadí, stačí poznámku tuto vymazati. Také může se vlastník k tomu obligačně zavázati anebo přislíbiti, že vyhraženého pořadí nepoužije. Slib tento neváže ovšem jeho singulárního nástupce.

Pochybnosti o pořadu zbytkové hypoteky a hypoteky, zapsané ve vyhraženém pořadí vymazaného práva zástavního, mo-

hou vzjeiti i zde. Musí se však stejně řešiti. Co platí o pořadí zbytkové hypoteky, zůstalo-li právo zástavní zapsáno, platí i zde, zapíše-li se nové zástavní právo v pořadí starém.

O druhém předpokladu § 37 III. nov., poznámce výhrady pořadí vymazaného práva zástavního, nemá zákon podrobných předpisů. Z obdoby § 53 kn. ř. lze řádati, aby podpis vlastníkův na žádosti za výhradu pořadí byl legalisován.[333]) Z předpisů knih. řádu lze také usuzovati, že se poznámka výhrady pořadí po marném uplynutí lhůty tříleté z úřední moci vymaže.[334]) Vloží-li se v tříleté lhůtě zástavní právo nové, zůstává zapsána, prokazujíc jeho řádný pořad. Byl-li výmaz starého práva zástavního jen zaznamenán, nelze poznámku výhrady pořadu povoliti. Z povahy celého institutu je vidno, že se žádá definitivní výmaz, nikoli podmínečný, jakým by byl pouze jeho záznam. Byl-li povolen pouze záznam výmazu, lze až při jeho spravení žádati o poznámku výhrady pořadí. Naproti tomu vyhoví se jistě tříleté době, do které výhrada pořadí trvá, bude-li v této době nové právo zástavní aspoň zaznamenáno (§ 37: Eintragung eines neuen Pfandrechtes). Poněvadž pak lhůta ku spravení záznamu může býti prodloužena, zachová se tím pořad starého práva zástavního i přes lhůtu tříletou.

Subjektem práva práva dle § 37 III. nov. je každý vlastník. Každý nástupce ve vlastnictví může užíti pořadí vymazaného práva zástavního, které dřívější vlastník si byl vyhradil a v pozemkové knize poznamenal. Každý simultánní vlastník vstupuje sám sebou v poměr simultánní. Je-li více spoluvlastníků, mohou právo dle § 37 III. nov. vykonati společně. O výkonu toho práva platí vše to, co řečeno bylo o zápisu práva dle § 469 o. z. o. Je nepostupitelné a nezabavitelné.[335])

§ 37 III. nov. na rozdíl od § 34 mluví, nikoli o veřejné, nýbrž o pozemkové knize. Ale nelze míti jistě žádných pochybností, že § 37 III. nov. lze užíti i v knize horní a železniční.

Právo dle § 37 III. nov. má dvojí končící lhůtu, jednu obec-

---

[333]) Klang. 161, JB, 1917, 196, Gmeyner, Das Verfügungsrecht des Eigentümers über die Hypothek, und die grundbücherliche Durchführung desselben, Hendel, 41.

[334]) Klang, 162 Hendel, 41.

[335]) NZ, 1910, 124, Dr. Egon Weissberger, Ranganmerkung u Rangvorbehalt.

nou do tří let, a jednu zvláštní v tomto tříletí, do povolení dražebního řízení. Vlastník může právo své vykonati jen až do té doby, kdy na nemovitosti zahájení dražebního řízení bylo poznamenáno. Tato odchylka od podobné lhůty § 470 o. z. o. zbyla přehlédnutím zákonodárce z vládní předlohy.[336]) Nějaká disposice vlastníkova po poznámce je pro dražební řízení, které je v běhu, bezúčinnou. Jinak ovšem, kdyby dražební řízení bylo zrušeno. Zdá se však, že § 37 III. nov. nevylučuje, aby se během dražebního řízení zástavní právo s výhradou pořadí vymazalo. Nové právo zástavní může pak až do příklepu býti zapsáno. Odtud počíná pak nová úprava tabulárního stavu podle skutečných práv zástavních. Výhrada svědčila by nyní vydražiteli a při něm pojmově o ní řeči býti nemůže. Při rozvrhu nejvyššího podání bude vždy hleděti k rámci, který se získal dřívějším právem zástavním a k novému právu zástavnímu jen potud, pokud rámce toho nedosáhá.

Podle § 41 III. nov. může nové právo zástavní vstoupiti v místo dvou neb více starých práv zástavních, v pořadí bezprostředně za sebou jdoucích. To předpokládá, že mezi zástavními právy není žádného rozdílu. Jsou-li zde vedle solohypoteky různá simultánní práva zástavní, nemůže býti také nové zástavní právo jednotné, nýbrž musí shodně podle starých práv zástavních býti rozděleno.

II. Zápis nového práva zástavního v pořadí starého práva zástavního. Zápis tento předpokládá zapsané již právo zástavní. Stačí jakékoliv právo zástavní, i za pohledávku neplatnou, na př. zápůjčku nevaluovanou. Ukazuje na to již sám § 38 III. nov., poněvadž mluví o pořadí a výši na nemovitosti váznoucího práva zástavního. Stojí tam sice dále, že v pořadí a do výše tohoto práva zástavního má se zapsati právo zástavní za novou pohledávku, takže to logicky předpokládá již také pohledávku starou. Ale právo zástavní se vůbec jinak nezapisuje než za nějakou pohledávku, ať již je platná čili nic. Povahou svou rovnají se vlastníkovy disposice dle § 37 a 38 III. nov. poznámce pořadu dle § 44 III. nov. Při ní pak o pohledávce, která má povstati (§ 44 III. nov.: eine Schuld«) ani ještě vůbec

---

[336]) GZ. 1917, 23, pozn. 63/1, Eisner. Jinak Hendel, 41.

nic známo býti nemusí. Právo zástavní staré i nové mohou docela dobře býti i hypoteky kauční.

Pro staré právo zástavní, v jehož pořadí nové se zapisuje, stačí jen záznam. Záznam tento musí však býti dříve než dojde ku jeho výmazu, spraven. Jeť záznam jen zápis výminečný (§ 40 kn. ř. §§ 166 a 228 ex ř.). Nové právo zástavní má získati pořadí definitivní. Také nové právo zástavní může býti jen zaznamenáno. (§ 38 III. nov.: »Eintragung« a § 8 kn. ř.) Naproti tomu výmaz starého práva zástavního musí býti vložen. (§ 38 nov. »einverleibt wird.)

Staré zástavní právo nesmí býti vázáno depurační poznámkou dle § 469a o. z. o. Vyloučení disposice vlastníkovy stalo by se tím illusorním. Třebas se § 38 III. nov. pro staré právo zástavní zamýšlí jen výmaz, je to přece výmaz, který vylučuje disposici hypotekou. V § 38 III. nov. disponuje se však pořadem hypoteky staré na prospěch hypoteky nové.

Nové právo zástavní zapíše se s tím obmezením, že dosáhne účinnosti právní, bude-li do jednoho roku po povoleném zápisu nového práva zástavního výmaz starého práva zástavního vložen. Na splnění této výminky je závislá platnost nového práva zástavního. Výminka tato se nepoznamená, nýbrž uvede prostě při zápisu nového práva zástavního. Zákon žádá pro splnění výminky, aby výmaz byl vložen. To nevylučuje však, aby v mezidobí byl tento výmaz pouze zaznamenán a do roka po povoleném vkladu nového práva zástavního spraven. Za záznam může se třeba z opatrnosti žádati, je-li nebezpečí, že by staré zástavní právo superkondicemi mohlo býti stiženo. Vklad nového práva zástavního v pořadí starého nevylučuje disposici starým právem zástavním dle § 469 o. z. o. nebo také cessí. Nestojí také v cestě exekučnímu postihu. Zákon nestanovil podobných účinků pro zápis nového práva zástavního dle § 38 III. nov., jaké zná § 57 kn. ř. při poznámce pořadu. Pro praksi by se proto odporučovalo, aby se zápis práva nového práva zástavního kombinoval s poznámkou pořadu pro výmaz starého práva zástavního. Také nové právo zástavní může býti v mezidobí cessí neb exekucí na jiného převedeno. I jím, ač to bude nepraktické, může se dle § 469 o. z. o. a § 37 III. nov. disponovati. Nesplní-li se výminka, nebude to míti ovšem žádných účinků a podle § 39 III. nov. vymaže se právo zástavní se všemi na ně se vztahujícími zápisy z úřední

povinnosti. Výminka se splní, vloží-li se výmaz starého práva zástavního do roka po povoleném zápisu nového. Toto splnění výminky se současně s výmazem poznamená.[337]) Lhůta jednoho roku počítá se ode dne povolovacího usnesení o zápisu nového práva zástavního.

Zákon stanoví pro platnost nového práva zástavního ještě dvě další podmínky. Zástavní právo superkondikované musí býti superkondicí zbaveno nebo tyto se svolením účastníků na nové právo převedeny, a staré zástavní právo simultánní musí býti ve všech vložkách vymazáno. Tyto obě dvě podmínky jsou úplně zbytečné. Z povahy věci plyne, že superkondikované právo zástavní může býti vymazáno, vymaže-li se také superkondice. Vymaže-li se právo zástavní s výhradou § 51 kn. ř., není vymazáno. Převede-li se však superkondice se svolením účastníků na jiné objekty nebo snad na nové právo zástavní, pak může se staré právo zástavní vymazati. Stejně má se věc při výmazu simultánního práva zástavního. Simultánní právo zástavní je jednotné. Pokud není ve všech vložkách vymazáno, nemůže se výminka § 38 III. nov. splniti. Poněvadž však § 40 III. nov. mluví o »další výmince«, může vzejíti pochybnost, zda-li i podmínky dle § 40 III. nov. musí při novém právu zástavním v patrnost býti uvedeny a zda také o nich musí býti v knihách veřejných poznamenáno, že výminka se splnila. Jeť § 38 III. nov. v § 40 III. nov. výslovně citován. Máme za to, že přes to toho potřebí není, poněvadž oběma účelům plně stačí výminka dle § 38 III. nov.

Zmínka o výmaze simultánního práva zástavního mohla by naopak svým tekstem vésti ku domněnce, že snad vlastník je oprávněn, aby pouze na jednom ze simultánně zavazených objektů nové právo zástavní mohl zapsati. To by však plně odporovalo požadavku § 38 III. nov., že nové právo zástavní má býti vloženo v pořadí a do výše zástavního práva starého. Tím způsobem by si vlastník na úkor zadních věřitelů vytvořil třeba solohypoteku, a tito zadní věřitelé neměli by ani podobného nároku, jaký jim zachovává § 222 ex. ř. při rozvrhu nejvyššího

[337]) Poznámka tato provede se z úřední povinnosti. Tak poučil se srozuměním ministerstva spravedlnosti ze dne 17. III. 1917 č. 9114 štýrskohradecký vrchní zemský soud nižší soudy.

podání za všechny nebo jen za některé ze simultánně zavazených objektů. Třeba by simultánní věřitelé byli oprávněni, vykonávajíce své právo, kterýkoli ze spoluzavazených objektů si vybrati, vlastník tak učiniti nemůže. Vlastník může zapsati jen zástavní právo, které ve všem odpovídá zástavnímu právu starému. Obojí zástavní právo musí se matematicky i prostorově krýti. Zásada, která platí o zástavním právu simultánním při § 469 o. z. o., platí i zde. Nové právo zástavní na všechny objekty mohli by zapsati souhlasně jen všichni vlastníci. I tu mohlo by se nové právo zástavní dle poměru § 222 ex. ř. jen na jednotlivý objekt obmeziti. Uvolněné podíly na druhých objektech připadly by k disposici jejich vlastníků.

§ 38 III. nov. mluví pouze o právu zástavním novém i starém jako celku. Jistě lze ho užíti i pro zápis práva nového zástavního i jen za část pohledávky. O prioritě hypoteky zbytkové před hypotekou novou platí vše to, co řečeno bylo již při § 469 o. z. o. Taktéž i vše, co uvedeno bylo o významu § 41 III. nov. pro hypoteky simultánní.

Subjektem práva dle § 38 III. nov. je ten který vlastník. Přejde-li nemovitost zatím, než se vloží výmaz starého práva zástavního, na někoho jiného, může jej provésti jen nový nástupce. To plyne již z povahy disposičního práva vlastníkova. § 39 III. nov. tu připojuje, že je k tomu oprávněn i věřitel, pro něhož nové právo zástavní bylo zapsáno. To je anomalie, která disposičnímu právu vlastníkovu odporuje. Je to přežitek doby, kdy podobný § sloužil jen účelům konversním. Dnes jest znění jeho všeobecné. Slouží disposici vlastníkově.

Právo dle § 38 III. nov. nemá žádné jiné lhůty konečné než jednoroční lhůtu po povoleném zápisu nového práva zástavního. Dražební řízení se práva toho nedotkne. Výmaz starého práva zástavního může býti proveden i po dražbě. Při prozatímním zjištění stavu zásad je počítati vždy staré právo zástavní. Při rozvrhu nejvyššího podání zachová se do jednoroční lhůty staré i nové právo zástavní dle § 220 ex. ř. Rozvrh pro ten neb onen případ může se provésti již napřed.

III. P o z n á m k a p o ř a d u. Výše již v § 10 vylíčený vývoj zavedl do rak. zákonodárství poznámku pořadu, Povahou svou podobá se poznámka pořadu poznámce výhrady pořadí starého. Obě zachovávají pořad příštímu zástavnímu právu. Ale jinak

liši se od sebe podstatně. Subjektem práva z poznámky výhrady starého pořadí je ten který vlastník. Subjektem práva z poznámky pořadu je buď ten, kdo si poznámku vymohl, tedy vlastník nebo dřívější vlastník nebo i pozdější vlastník nebo i věřitel, pro něhož se v pořadí jejím právo zapíše, mají-li tyto osoby od původního vlastníka ve svých rukou usnesení o poznámce, které se vydá v jediném vyhotovení. Při výhradě starého pořadí se usnesení s takovýmto významem nevyskytuje. Výhrada pořadí trvá časově déle. Platí tři léta, poznámka pořadu jenom rok. Pro zápisy práva zástavního prodloužila novela dřívější lhůtu 60denní na jeden rok. Výhrada pořadí má však ještě jedno časové obmezení. Trvá jen do zahájení dražebního řízení. Poznámka pořadu takto obmezena není. Teorie proto odporučuje, aby se vedle poznámky výhrady pořadí současně užila i poznámka pořadu.[338])

Právo vlastníkovo z poznámky pořadu, jako jiné jeho disposiční právo, nemůže býti předmětem exekuce. Jsou však náhledy, které připouštějí jeho zabavení dle § 331 ex. ř. a zápis práva věřitelova dle § 350 ex. ř.[339])

Přehlédnutím zákonodárce zbyl v § 53 odst. 2 předpis, který propouští poznámku pořadu také věřiteli pro výmaz jeho zástavního práva. Zákonodárství, které zavedlo vlastníkovu hypoteku, nemůže výmaz věřiteli, nýbrž jen vlastníku povoliti.

Pořad může se také pro simultánní právo zástavní v různých vložkách poznamenati. Dřívější znění § 53 kn. ř. připouštělo poznámku pořadu jen pro příští zápůjčku. Nynější jeho tekst pro jakýkoli dluh. Může to býti pohledávka, která již vzešla nebo která teprve později povstane. Může to býti také hypoteka kauční. Poznámky pořadu může s úspěchem býti užito při kupních dobírkách, které do roka mají býti splaceny. Nemusí býti zástavním právem zjišťovány. Stačí pro ně poznámka pořadu.[340])

Jak již výše bylo uvedeno, pro více práv zástavních, která sukcessivně byla v pořadí poznámky zapsána, platí podle rozhodnutí nejv. soudu ze dne 25. srpna 1880 č. 9360 (GlU 8073) pořadí podle § 29 kn. ř.[341])

---

338) NZ, 1919, 124, Weissberger.
339) Weissberger, l. c. 123.
340) L. c. 23.
341) Heinrich Bartsch, Das österr. allg. Grundbuchsgesetz, III

Při předchozím zjištění stavu závad jest právo z poznámky pořadu dle § 166 ex. ř. počítati, jakoby šlo o bezvýminečnou pohledávku. Při rozvrhu nejvyššího podání nezbývá než obdoba 3. odst. § 56 kn. ř. Jen listiny s ověřeným datem před dražbou mohlo by se užíti pro zápis práva zástavního po dražbě. Jsou však náhledy, které ještě po dražbě připouštějí zápis práva zástavního v pořadí poznámky.[342])

V.

## Vlastníkova hypoteka československá.

### § 12. Zákonodárné přípravy.

Nový stát československý zaujal do svých hranic i části, které patřily dříve koruně svatoštěpánské. Je tedy vhodno také v bývalém Uhersku sledovati přípravy zákonodárné. První osnova uherského občanského zákonníka vyšla z prací komise, kterou zřídilo r. 1895 ministerstvo spravedlnosti. Komise tato ukončila své práce r. 1899. Na to byly jednotlivé díly osnovy r. 1900 ještě přezkoumány.[1]) Již na této osnově byl znatelný vliv práva pruského. Při vlastníkově hypotece vložilo se těžisko na zaplacenou pohledávku. Vlastník nabýval ji cessí od zaplaceného zástavního věřitele. Tak to stanovil § 891 osnovy a tím přiblížil se pruskému názoru, podle něhož bylo možno nabýti i osobní pohledávky. Věc nebyla však dobře promyšlena. Bylo stanoveno, že vlastník není povinen, aby zaplacenou pohledávku vymazal. Nebylo však stanoveno, že může své právo zástavní na někoho jiného převésti. Toliko tehdy, když zástavní věřitel svou hypotekární pohledávku na vlastníka převedl, mohl ji tento na jiného i tehdy převésti, byl-li dlužníkem osobním. Věřitel však k této cessi povinen nebyl. Vlastník mohl dále převésti svou hypotekární pohledávku, nabyl-li práva vlastnického jako hypotekární věřitel.[2]) Nepřevedl-li vlast-

---

Aufl., 531, GZ, 1910, 279, Dr. Georg Trammer, Die Wirkung der Rangordnungsvormerkung. Viz výše poznámku 298.

[342]) Not. Zeitschr., 1910, 344, Touaillon.

[1]) Zeitschrift für ungar. öffentliches und Privatrecht, 1901, 3 a násl.

[2]) § 891. Hat auch der Eigentümer einen Hypothekargläubiger befriedigt, so ist er zur Bewirkung der grundbücherlichen Löschung der Hypothek nicht verpflichtet. Hat der Gläubiger die hypothekarische

ník pohledávky až do doby, kdy v dražebním řízení stanoví se pořad pro uhražení, jest hypoteka vůči zadním hypotečním pohledávkám bez účinku.[3])

Poněvadž osnova nejevila jednotného charakteru, byla podrobena přepracování a z něho vyšla r. 1913 osnova nová.[4]) Ve vlastníkově hypotece přimkla se tu k občanskému zákonniku německému, ač jeho předpisů o dluhu pozemkovém a rentovém, jakož i hypotece listovní nepřevzala. Osnova činí rozdíl mezi placením dlužníka a nedlužníka. Platí-li vlastník, který dlužen není, přejde pohledávka na něho.[5]) Platí-li dlužník, který však není vlastníkem, přechází hypoteka jen potud na něho, pokud od vlastníka nebo jeho předchůdce má nárok na náhradu.[6]) Hypoteka přechází s pohledávkou náhradní. Platí-li vlastník, který je osobním dlužníkem, může hypoteku bez pohledávky vyrovnanému věřiteli na nějakou jinou jeho pohledávku postoupiti nebo ji na někoho třetího převésti. Neučiní-li toho, nehledí se na hypoteku v řízení dražebním.[7])

Osnova zůstala tu obsahově vězeti ve vlastníkově hypotece

---

Forderung infolge der Befriedigung auf den Eigentümer übertragen, so kann dieser die Forderung selbst dann auf einen andern übertragen, wenn er zugleich der persönliche Schuldner war. Der Eigentümer kann eine hypothekarische Forderung auch dann übertragen, wenn er das Eigentumsrecht als Hypothekargläubiger erworben hat.

[3]) § 802: Hat der Eigentümer die hypothekarische Forderung in Gemässheit des § 891 nicht übertragen, so ist im Falle einer auf die belastete Sache gerichteten Zwangsvollstreckung bei Feststellung der Rangordnung der Befriedigung die zur Sicherung der ausbezahlten Forderung grundbücherlich eingetragene Hypothek gegenüber den in der Rangordnung nachstehenden hypothekarischen Forderungen unwirksam.

[4]) Gesetzentwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für Ungarn, Budapest, 1914, I a násl.

[5]) § 679 osn. 1. odst. z § 1143 n. o. z. Tak i stará osnova v § 890.

[6]) § 679 osnovy 2. odst. z § 1164 n. o. z. Tak i stará osnova v § 887.

[7]) § 679 osn. 3. odst.: Der Eigentümer des Grundstückes, der zugleich persönlicher Schuldner ist, kann, wenn er den Hypothekargläubiger befriedigt die Hypothek in Ansehung einer anderen Forderung dem befriedigten Gläubiger abtreten, oder sie einem Dritten übertragen. Macht er von diesem Rechte keinen Gebrauche, so kommt die Hypothek bei einer Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück nicht in Betracht.

německé, ale vzala k ní formu z osnovy rakouské. Tím povstaly důležité odchylky od osnovy rakouské, jichž si skladatelé uherské osnovy snad ani vědomi nebyli, ale které osnovu uherskou od osnovy rakouské podstatně liší.

Podle něm. občanského zákonníka nabývá po samém zákonu hypoteky každý ten vlastník, za jehož vlastnictví se hypoteka uvolní. Podle osnovy uherské může taktéž postoupiti hypoteku na jinou pohledávku vyrovnaného věřitele nebo ji na třetího převésti ten vlastník, který pohledávku, jsa osobním dlužníkem, vyrovnal. Podle III. novely rak. je však subjektem práva disposičního každý vlastník, nejen kdo pohledávku vyrovnal, nýbrž i každý jeho nástupce ve vlastnictví. Podle uherské osnovy může nástupce vlastníka, který pohledávku vyrovnal, převésti hypoteku jen tehdy, bylo-li mu toto právo dřívějším vlastníkem postoupeno. S něm. obč. zákonníkem má osnova i to společné, že se mluví v § 679 odst. III. o tom, že vlastník »hypoteku« postupuje. V něm. obč. zákonníku je ovšem tato hypoteka již dluhem pozemkovým. V uherské osnově není jasno, co se touto hypotekou myslí.

Při simultánní hypotece má věřitel sice svobodnou volbu, ale jinak přispívají účastníci na ni dle poměru státní daně, která na jejich pozemky vypadá, a nepodléhají-li pozemky dani, podle své hodnoty. Hypoteční břímě, v něm. překladu »Last der Hypothek« se tu mezi hypoteky rozvrhuje. Hypoteční břímě se nemění, rozšíří-li se hypoteka. Vlastníci mohou hypoteční břímě i jiným způsobem rozděliti. Jen je-li to knihovně zapsáno, musí si to ostatní knihovní účastníci dáti líbiti, je-li jim to k újmě.[8])

---

[8]) § 663: Im Falle einer Gesamthypothek wird die Last der Hypothek von den einzelnen Grundstücken in Ansehung des Verhältnisses der grundbücherlichen Interessenten zueinander, den Hypothekargläubiger nicht mitinbegriffen im Verhälnisse der den Grundstücken auferlegten direkten Staatssteuer, unterliegen sie aber einer solchen Staatssteuer nicht, im Verhälnisse ihres Wertes getragen. Ist die Gesamtheit der Hypothek dadurch entstanden, dass die schon bestehende Hypothek nachträglich auf ein anderes Grundstück erstreckt wurde, so trägt die Last der Hypothek im Verhältnisse der früheren und der neueren grundbücherlichen Interessenten zueinander anschliesslich das früher belastete Grundstück. Die Eigentümer können eine von den Vorschriften des Absatzes 1 und 2 abweichende Vereinbarung treffen. Die abweichende Vereinbarung wirkt zum Nachteile der übrigen grund-

Poměr simultánních hypotek také rozhoduje, jak nabývá vlastník hypoteky podle § 679 osnovy, vyrovná-li se simultánní dluh. Vyrovná-li dluh vlastník, který osobně dlužen není, přejde na něho simultánní hypoteka dle poměru hypotek. Také na osobního dlužníka přejde, který není vlastníkem, ale jen do výše náhrady, která mu přísluší proti vlastníkovi nebo proti jeho předchůdci. Vyrovnal-li pohledávku vlastník, který je osobním dlužníkem, může nakládati hypotekou na svém pozemku dle poměru hypotek, na ostatních pozemcích také dle rozvrhu hypotek, pokud mu proti vlastníkům nebo jich předchůdcům přísluší náhrada (§ 680). Osnova nemá však předpisů, zda ostatní vlastníci mají dle rozvrhu hypotek na svých pozemcích právo disposiční.

Jak v předešlé kapitole uvedeno, v bývalých zemích rakouských došla zákonodárná práce o vlastníkově hypotece III. novelou k obč. zákonníku svého ukončení. V Čechách nebyla tato novela vítána přívětivě. Když dne 1. ledna 1917 měla vejíti v platnost, podal v prosinci svaz českých spořitelen spolu s jednotou záložen, hypoteční bankou království českého, zemskou, živnostenskou a českou průmyslovou bankou pamětní spis rakouskému ministerstvu práv. Peněžní ústavy si stěžovaly, že předpisy novely zasahují příliš hluboce do dosavadního právního stavu a zavádějí novoty, které budou míti značný vliv na poměry veřejného obchodu a úvěrnictví, na př. rozhodování vlastníkovo o hypotece. Vyslovena tu obava o pořadí zbytkových hypotek a o výkladu slov »einem andern gegenüber«, vylučuje-li se úmluvou stran vlastníkovo právo disposiční, a pak o absolutním účinku poznámky depuračního závazku.[9])

Tabulární prakse šla zatím svými cestami. Není se co diviti, že zlepšení hypotek musí uvítati každý, kdo, zabývaje se po živnostensku hypotekárním obchodem, nese risiko ztráty. V této věci jde však i o zájem jiný. Ode dávna byly předpisy, aby nouze dlužníkova se silným věřitelem nevykořisťovala. V době nové má toto kořistění jen jiné formy. Vlastníkova hypoteka vyšla z povahy práva zástavního, ale také z péče o dlužníka. Kdo měl

bücherlichen Interessenten (Absatz 1) nur dann, wenn dieselbe in das Grundbuch eingetragen ist.

[9]) Spořitelní Obzor, 1916, č. 24.

jen sebe na zřeteli, bránil se tomu. Z těchto snah vyvinul se prostředek, který novému ústavu zatarasil cestu.

Doložky, kterými se disposiční právo vlastníkovo o hypotece vylučovalo, staly se pravidelnou součástí dluhopisů. Ačkoli účelu věci musila stačiti doložka depurační dle § 469a o. z. o. a III. novela žádné jiné doložky nezná, žádalo se nad to ještě od dlužníka, aby se vzdal i práv dle §§ 37 a 38 III. nov. Ani konverse, kterou dřívější zákonodárství v zájmu dlužníkově favorisovalo, nesmí se nyní prováděti. Vedle toho přijímaly se do dluhopisů také ještě doložky o pořadí zbytkových hypotek. § 469a o. z. o. zapovídal sice , aby se kdo, zřizuje právo zástavní, disposičního práva o něm vzdával. Doložky v dluhopisech chtěly toto vzdání se tím obmezovati, že se právo toto může jen potud vykonati, dá-li se současně zbytkové pohledávce přednosť. V dluhopisech projevoval dlužník také svůj souhlas, aby v kvitancích a postupních listech o dílčích obnosech bylo stanoveno, že právo zástavní za kvitovanou nebo postoupenou část má býti přeneseno jen tehdy, je-li zbytkové pohledávce přednost poskytnuta.[10]) Poněvadž dílčí splátky, ke kterým byl dlužník při umořitelných pohledávkách povinen, mohla podle § 1422 a 1423 o. z. o. s do-

---

[10]) V dluhopisech české hypoteční banky vyskytují se odstavce:
V. Zavazujeme se za sebe a své právní nástupce, že právem zástavním ohledně splacené části této zápůjčky disponovati budeme jen tím způsobem, že zjednáme a vyhradíme právo knihovní přednosti pro zbývající část bankovní zápůjčky a že jen s touto výhradou dáme svolení, aby osoba třetí zaplatila část bankovní pohledávky. Svolujeme proto, aby do každé bankovní kvitance nebo postupní listiny na dílčí obnosy bankovní zápůjčky pojato bylo ustanovení, že právo zástavní za kvitovanou nebo postoupenou část smí přeneseno býti jen tehdy, bude-li současně vloženo právo přednosti pro zbývající část bankovní zápůjčky. Konečně svolujeme, aby knihovně byl poznamenán závazek vlastníkův, že jenom s výhradou knihovní přednosti pro zbývající část bankovní zápůjčky budeme disponovati uvolněným právem zástavním za část bankovní zápůjčky, jakož i dávati svolení k tomu, aby část bankovní pohledávky placena byla osobou třetí.

VI. Vzdávajíce se práv vlastníka dle §§ 33, 37 a 38 III. dílčí novely ku všeob. obč. z. příslušejících, zavazujeme se po rozumu druhé věty § 469 a obč. zák. bankovní zápůjčky starší, zjištěné na této hypotece, jakož i ostatní pohledávky, zápůjčce předcházející, vymazati, a svolujeme, aby tento závazek, převzatý oproti hypoteční bance království českého při právech zástavních, zjištěných v položkách . . . . ., byl knihovně poznamenán.

rozuměním jeho i třetí osoba platiti, byly do dluhopisů vedle závazků o přednosti dílčích hypotek pojímány i závazky o přednosti těchto postoupených dílčích obnosů.[11]) Při tom všem málo se na to hledělo, zda všechny takovéto závazky jsou platné a zda knihovní soudce může poznámky jejich povoliti. Co platno bylo dávati do kvitancí a postupů doložky o přednostech, měla-li tuto přednost skytnouti teprve osoba třetí, na kterou se právo převádělo. Znění zákona přibližují se depurační doložky některých dluhopisů a ráz obligačních závazků mají povinnosti, které dlužník o přednostech zbytkových hypotek na sebe béře.[12]) Nejsprávnější bez mnohých slov jsou doložky, aby se při pohledávce předchozí poznamenalo, že se dá vymazati, a dále, že se opatří přednost zbytkové pohledávky, sice že se stane splatnou bez výpovědi.[13])

---

[11]) Viz poznámku 10), pak z dluhopisu české spořitelny pol. 6.: Třetími osobami na místě dlužníka a s dorozuměním tohoto placené obnosy postupují se platiteli jenom tehdy, dá-li tento zároveň s výhradou postupu své svolení, že zbývající pohledávka české spořitelny s všemi příslušnými právy požívati má knihovního práva přednosti před obnosy, jež postoupeny býti mají. Stejně také v dluhopisech záložny českých profesorů.

[12]) Z dluhopisu městské spořitelny v Praze: Kdybychom práva vyhraženého nám v §§ 33, 37, 38 novely ze dne 19. března 1916 č. 69 ř. z. při pohledávání, které pro městskou spořitelnu pražskou na základě tohoto dlužního listu se zjišťuje, použili, a buď právo zástavní za část tohoto zástavního dluhu převedli na jinou hypoteku nebo dali vložiti nové právo zástavní ve výši a v pořadí uplacené částky tohoto pohledávání, zavazujeme se, že dáme současně vložiti přednost zbytku tohoto pohledávání městské spořitelny pražské před převedenou nebo nově vloženou splacenou částkou tohoto pohledávání. K těmto účelům má městská spořitelna pražská právo do každé dílčí kvitance o tomto pohledávání, jež nám nebo našim právním nástupcům vydá, vložiti výhradu, že platnost kvitování vázána jest na podmínku, že případný převod práva zástavního ohledně kvitované částky za pohledávku novou dle §§ 33, 37 a 38 novely ze dne 19. března 1916 č. 69 ř. z. může se uskutečniti jen za současného vkladu poznámky (!) přednosti zbytku pohledávání městské spořitelny pražské před tímto převedeným právem zástavním. Zároveň svolujeme k tomu, aby při této hypotece byl podle § 34 III. dílčí novely poznamenán závazek, že předchozí pohledávání ..... v pol. ..... dáme mazati, jakmile bude splaceno a že tedy nepoužijeme práva vyhraženého v §§ 33, 37 a 38 novely. Podobně i v dluhopise spořitelny města Soběslavi.

[13]) Z dluhopisu ústřední záložny českého hostinstva.

Takovéto doložky a poznámky přinesly i mnohé požehnání našim knihám pozemkovým. Celé listy popisovaly se depuračními poznámkami o hypotékách předchozích. Pak se to aspoň zjednodušilo, že se poznamenával jenom depurační závazek o pohledávkách, zapsaných v těch kterých položkách. Soudy se také domnívají, má-li hypoteční banka ve svých dluhopisech svolení k nějaké poznámce, že jí to povoliti musí. I vyskytují se pak poznámky, že se dá budoucně přednost zbytkové pohledávce hypoteční banky, ač žádné naše zákony takové poznámky neznají.

Po převratu zůstalo v jednotlivých dílech československého státu v platnosti právo dřívější. V bývalých zemích rakouských bylo právo rakouské, na Slovensku a v Podkarpatské Rusi právo uherské. Jednotný stát vyžádal si také právní jednoty. K příkazu ministra dra Soukupa byl proto vypracován překlad rak. občanského zákonníka, při němž se přihlíželo již k zákonodárství československému a ku zvláštním poměrům na Slovensku. Elaborát odevzdán k posudku prof. dra Krčmáře a Svobody. Tito uznali, že sice není doba, aby se provedla úplná revise občanského zákonníka, ale že překlad také nestačí. Práci měla by provésti odborná komise, složená ze zástupců ministerstva spravedlnosti, universitních profesorů a praktiků. Na poradě dne 6. března 1920 za předsednictví ministra dra Veselého bylo usneseno, aby se vzal za základ občanský zákoník z r. 1811 a na něm provedly se pouze nejnutnější opravy. Ve schůzi dne 16. března 1920 za předsednictví ministra dra Meissnera byla rozdělena práce mezi referenty. Prof. Krčmář převzal část všeobecnou a právo obligační, prof. Kafka právo rodinné, prof. Svoboda právo dědické a já právo věcné. Později přibyl k referentům ještě prof. Weiss, který převzal část práva obligačního. Pro práci zřízeno pět subkomitétů.[14])

Na veřejné vyzvání došlo do subkomitétů více návrhů. Zmíníme se jen o těch, které v subkomitétu o právu věcném dotýkají se naší otázky. Notář Stanislav Havlíček navrhoval, aby se zavedl dřívější stav automatického postupu hypoték. Německými zákony sem zavlečený modus I., II. a III. hypoték je velice nepraktický. Starý způsob byl jednoduchý. Vžil se. Byl oblíben. Majitel následujících hypoték věděl, že umořením prvních dostane

[14]) Data tato děkuji p. minist. koncipistovi Dru Srbovi.

se do předu. Úvěr byl otevřený a bezpečný. Dnes do III. hypoteky majitel zápůjčku sotva dostane, což bude míti velký dosah při obmýšlených novostavbách. Člen subkomitétu notář dr. Antonín M o k r ý prohlásil ve svém návrhu, že se pro změnu § 33 až 45 III. nov. nemůže rozehřáti. Neshledává její nutnosti. Je pouze slabým prostředkem, aby se na krátkou dobu uměle prodloužil dech předluženého vlastníka nemovitosti. Poněvadž by se však naši prestyži zadalo, kdybychom odstranili, co zavedeno je ve všech téměř s námi sousedících státech, upozornil na některé nedostatky cit. zákonných předpisů. Tak žádal, aby zbytková hypoteka měla přednost před novou pohledávkou a více pohledávek nových přednost podle svých zápisů. § 37 III. novely budiž škrtnut a místo něho přijde toto znění: »Vlastník může podle listiny, jež jest způsobilá ku vkladu výmazu věcného práva knihovně zapsaného, vymoci sobě knihovní poznámku zániku tohoto práva.« Dle stávajícího znění zákona dlužno rozeznávati dvě skupiny vlastníků: ty, kdo nemají obavy, že věřitel se zaplaceným zástavním právem něco podnikne, a dále ty, již mu nedůvěřují. Pro první mohlo by zůstati při příležitostné disposici dle § 469 o. z. o. Proti druhým bylo by se zabezpečiti navrženou poznámkou. Proti těmto druhým věřitelům je vlastníkovi zachován prostředek dle § 37 III. nov. jenom na tři léta.

Člen subkomitétu notář dr. Jaroslav Č u l í k žádal, aby se disposiční právo vlastníkovo vyloučilo při umořitelných pohledávkách, poněvadž věřitel, který půjčuje do pořadí druhého nebo dalšího, předpokládá, že se umořováním přednější pohledávky jeho pořadí zlepší. Je to důležité při domech, které stářím na ceně ztrácejí. Nyní každý věřitel bez výjimky v dluhopise vlastníkovu disposici vylučuje. Tím stává se předpis o vlastníkově hypotece illusorním.

Člen subkomitétu profesor dr. Egon W e i s s podal k reformě občanského zákonníka obšírné memorandum. Zástavní právo občanského zákoníka nehodí se již na dnešní poměry. Chce sloužiti spotřebnímu úvěru, který odpovídal době, kdy občanský zákonník povstal. Stav, který zavedl tento zákonník, potrval až do novel, které k němu byly vydány. Jen něco změněno bylo exekučním řádem. Velká kodifikace německá a švýcarská musely dáti popud i kodifikaci rakouské. Německá poskytla úvěru mnoho typů. Reformace rakouská jich nezavedla. Zůstala při jediné for-

ně, hypotece. Zkušenost naučila, že je to vždy věřitel, který, skýtaje úvěr, stanoví i jeho podmínky. Bylo docela případno, že reforma rakouská zůstala tu na českém deskovém právu. Právo zástavní, nehledíc ku hypotece kauční, musí se povždy posuzovati jen podle knihovního stavu. Třeba by se však nové formy nezavedly, musí se přece mysliti na nějaký samostatný útvar, který by je nahradil. Dvě základní zásady měly by při tom přijíti v úvahu: Ius succedendi zadních věřitelů a osobní ručení hypotekáře musí se vyloučiti. Vzestup zadních věřitelů je nespravedlivý. Zadní hypotekář s výhodným úročením dostane se automaticky do pořadí, v němž by byl své úročení nikdy nedostal. Zaplatí-li se dřívější hypotekář, přejde hypoteka jako právo na hodnotu pozemku do jmění dlužníkova a může býti na jeho jméno přepsána. Novelu ovládají historické reminiscence. Pojímá vlastníkovu hypoteku jako provisorní stav. Kdyby zde nebylo časového obmezení, přišlo by se ku systému pevných míst, který je s povahou hypoteky jako práva na hodnotu v plné shodě. Namítá se, že vlastníkova hypoteka stěžuje, aby se nemovitosti dluhů zbavily. Věřiteli druhého pořadí nemá se jí zabrániti, aby se do prvního pořadí dostal. Ale má se státi tak dohodou s vlastníkem, nikoli na jeho útraty. Úvěr nepotřebuje, aby se mu pomáhalo vyhlídkou na vzestup. Až na nějaké příležitostné poklesy je kapitálu dost. Bude-li se ukládati na II. hypoteku, povznese se její rentabilita. Pojmově nestojí nic v cestě, aby měl dlužník při dražebním řízení ze své hypoteky právo na kvotu. Výtka, že povstanou tím dostihy věřitelů, není na místě. Dnešní stav jen způsobuje, že tuto kvotu dostává hypotekární věřitel. Dlužník, vypláceje hypoteku, umenšil své jiné jmění a odňal část jeho svým osobním věřitelům. Je slušno, aby jim pro exekuci zůstala jeho hypoteka. Poněvadž nyní každý věřitel ujednává s dlužníkem, že předchozích hypotek pro sebe užíti nesmí, měla by se tomuto ujednání veškerá účinnost odejmouti. Sezná-li se z úmluvy, že má vlastníkovu hypoteku vyloučiti, musí se prohlásiti za bezúčinnou. Jinak by bylo na př. při spoluvlastnících, při manželích, již dědickou smlouvu uzavírají, a při společnících práva občanského a obchodního. Reální kredit skýtá věřitel jen vzhledem k hodnotě nemovitosti. Není proto slušno žádati od dlužníka, aby ručil ještě osobně. Situaci zhoršuje ještě nové znění § 1408 o. z. o. Věřitel může nového vlastníka jako osobního dlužníka zamít-

nouti, a starý vlastník zůstane v ručení osobním. Tím stala by se ovšem hypoteka dluhem pozemkovým, ale terminologie nemusila by se změniti. Prof. Weiss proto navrhuje pro § 469 a toto znění: »Práva disposičního nelze se vzdáti. Zaváže-li se vlastník někomu jinému než hypotekárnímu věřiteli, že některou hypoteku vymaže, nemůže hypotekou nakládati, je-li toto vzdání ve veřejné knize při hypotece poznamenáno.« Pro § 470 žádá znění, aby v dražebním řízení byla vlastníkovi kvota jeho hypoteky přikázána a aby lhůta tří let v § 37 III. nov. byla škrtnuta.

Proti vlastníkově hypotece vyslovila se česká advokátní komora. Přistoupila k náhledu komitétu advokátní komory dolnorakouské o osnově novely k obč. zákonníku. Praktické potřeby, aby se vlastníkova hypoteka zavedla, není. Praktické potřebě vyhoví předpis o poznámce zamýšleného zadlužení a zákon ze dne 22. února 1907 č. 48 ř. z. o konversi hypotekárních dluhů. Dobrozdání tehdejší uvádělo, že novou institucí nebude hypotekární úvěr usnadněn. Kdo budou poskytovati úvěr do druhé nebo ještě zadnější hypoteky, budou na vlastníku hypoteky žádati závazku, aby předchozí hypoteky, až budou zaplaceny, vymazal, a dají si tento závazek poznamenati. Tím stane se vlastníkova hypoteka bezvýznamnou. Bude jen míti za následek, že do knihy veřejné bude zapsáno množství nových poznámek, již nyní dosti četných, a kniha veřejná ztratí na přehlednosti. Jen věřitelé nezkušení a neopatrní nebudou snad žádati takového závazku, a vůči těmto využitkují nesolidní majitelé hypoteky této nové instituce jen k tomu, aby exekuce na část jejich nemovitého majetku byla zmařena anebo aspoň stížena a oddálena.

Námitkám těmto nelze se diviti. Vycházejí z kruhů, které povždy proti vlastníkově hypotece se ohražovaly. Činily tak v Německu a také bývalém Rakousku. Jsou to kruhy, které většinou zastupují právě ty osoby, jež měly ze vzestupu hypotek nezasloužené zisky. Z těchto kruhů hájila se teorie tohoto vzestupu. Právo věřitelů, právo silných, kteří chtějí těžiti z tísně dlužníkovy, akcentuje se v těchto protihlasech. Na dlužníka se tu nemyslí. Vlastníkova hypoteka naznačuje již svým jménem, komu má sloužiti. Je to hypoteka, kterou chce získati úvěru vlastník jako dlužník. Jeho hypoteka má jej zachraňovati, je-li v hospodářské tísni. Zadlužený vlastník nikdy již úvěru nezíská, třeba by první hypoteku zaplatil, oloupí-li jej o její zisk svým

vzestupem věřitelé z hypotek druhých a třetích. Zbude-li mu však uvolněná hypoteka pro jeho disposici, může mu dáti základ k jeho hospodářské obnově.

Zkušenosti českého deskového práva a zkušenosti se zástavním právem rakouským objasnily s dostatek podstatu práva zástavního, které se do veřejných knih zapisuje. Třeba by redaktoři občanského zákonníka této podstatě nerozuměli, dnes musí se již přiznati. To byla jedna premisa pro reformu občanského zákonníka. Druhá byla akcesorita zástavního práva. Slouží osobní pohledávce. Tato jeho funkce měla býti i nadále zachována. To byly směrnice, které mne vedly, když podával jsem v subkomitétu pro opravu občanského práva návrh na změnu vlastníkovy hypoteky. Návrh můj chce se povaze zástavního práva přiblížiti více než to učinilo zákonodárství německé. Zákonodárství toto, vycházejíc z pruské vlastníkovy hypoteky, připialo ji k pohledávce. I vlastník má dluh na svém pozemku. Dluh ten jest jeho activum. Německé zákonodárství vytvořilo skutečný reálný dluh. Naše právo zástavní chce sloužiti povždy jen úvěru osoby. I německý dluh pozemkový mu slouží. Vždyť nikdo se nezavazuje, nejsa dlužen, nebo se aspoň zavazuje za dluh cizí nebo příští. U pozemkového dluhu je tento úkol zakryt. Naše zákonodárství toho nepotřebuje. Sahá otevřeně ku zástavnímu právu, kdy je ho nutno pro osobní pohledávku.

Zástavní právo, třeba by sloužilo osobní pohledávce, stává se zápisem do veřejných knih reálním dluhem. Povahu tu seznáme snadno, uvedeme-li si na paměť, z jakého důvodu platí nový vlastník zapsanou pohledávku, které nevzal na sebe. Osobně není k věřiteli v žádném poměru. Pohledávku platí pouze proto, že je vlastník, který je povinen k plnění, poněvadž pohledávka na jeho nemovitosti vázne jako reální dluh. Když se tedy zástavní právo zapisuje, nelze se nijak klamati, že se pouze asi tolik provádí, co se děje, zřizuje-li se o nějakém dluhu dlužní list Vedle osobní pohledávky zřizuje se zápisem i zástavní právo za pohledávku reální. Je-li vlastník a dlužník jedna osoba, jsou obě pohledávky skonsolidovány v jednotu. Rozejde-li se vlastník s dlužníkem, rozejdou se i pohledávky.

Zanikne-li nebo nevznikne-li osobní pohledávka, schází pro reální pohledávku její přirozená funkce, aby sloužila pohledávce

osobní. Pohledávka reální vrací se k vlastníkovi. Nezaniká sama sebou, poněvadž má zjevný tvar. Je zapsána v knihách veřejných a má tam jistý pořad. Pohledávka osobní vtiskne svůj charakter pohledávce reální, tak svou splatnost a úrokovatelnost. Charakter tento může reální pohledávku dosti obmezovati. Může způsobovati obtíže, chce-li jí vlastník použíti dále pro jinou pohledávku. Každému praktikovi je známo, jaké nesnáze působí na př. cesse nějaké pohledávky z ruky soukromé do ruky peněžních ústavů. Při zápisu soukromé pohledávky nemyslí se nikdy na všechny ty různé kautely, kterých peněžní ústavy vyžadují pro sebe, na př. expansi úrokovou podle peněžního trhu, úroky z prodlení, náhradu výloh a pod. I bylo třeba hypoteku tak vypraviti, aby byla kdykoli způsobilou pro peněžní trh, jakmile se od osobní pohledávky odpoutá a ku vlastníkovi zpět vrátí. I navrhl jsem, aby zástavní právo, ve veřejných knihách zapsané, vztahovalo se i na úroky, úroky z úroků, útraty vkladu, výpovědi, kvitance, jakož i útraty procesní a exekuční spojené s ním osobní pohledávky. Na čas spojení s osobní pohledávkou mohl ovšem tento normální obsah hypoteky býti obmezen.[15]) Podle osobní pohledávky dávala by se také výpověď, řídila splatnost a určovala povinnost náhrady útrat vkladu, výpovědi a kvitance.[16]) Když se na tomto základě měla vlastníkova hypoteka vybudovati, byla směrodatna tato hlediska. Mělo se zůstati na domácím podkladě. Do běžného zástavního práva mělo se zasáhnouti tak neznatelně, aby z něho vyšla vlastníkova hypoteka jako přirozený jeho útvar. Bylo třeba se vyvarovati konstrukce pruského a německého práva, podle nichž nabývá hypoteky ten vlastník, za něhož se uvolnila. Uvolněná hypoteka měla býti zachována kterémukoli z těch po sobě následujících vlastníků, který z nich úvěru bude potřebovati. Takováto hypoteka nemusí se, převádí-li se nemovitost, od kupní ceny odpočítávati. Lpí na nemovitosti, je jejím příslušenstvím. Ale posléz

---

[15]) § 461 a návrhu: Právo zástavní, ve veřejných knihách a zástavním rejstříku (§ 452 a) zapsané, vztahuje se i na běžné úroky peněžního trhu, úroky z úroků, útraty vkladu, výpovědi, kvitance, jakož i útraty procesní a exekuční. Když se právo zástavní nově zapisuje, může se tento jeho obsah rozšířiti a pro dobu spojení s osobní pohledávkou také obmeziti. Osobní pohledávka může býti vázána na čas a výminku. Odpadne-li od zástavního práva, odpadnou od něho i tato obmezení.

[16]) § 460 c návrhu.

bylo se vyvarovati i knihovně nemožného stavu, aby zástavní právo, kterým vlastník má disponovati, zůstalo váznouti i nadále pro vyrovnaného věřitele. Rozřešení těchto problémů bylo docela snadné. Zástavní právo, dosavad ve veřejných knihách zapsané, zbavilo se vztahu k osobní pohledávce. Svazek s osobní pohledávkou naznačovalo jméno věřitele, které se při pohledávce vyskytovalo. Vymazalo-li se toto jméno, zbavila se hypoteka tohoto vztahu a tím vymazala se také osobní pohledávka. Zápis stane se tím bezejmenný. S dobrým úmyslem bezejmenný, poněvadž svědčí každému vlastníkovi, který na listu B) je zapsán, také spoluvlastníkům, rozdrobí-li se zatím vlastnictví. Bezejmené hypoteky bude moci pro svůj úvěr použíti kterýkoli vlastník, jakmile úvěru toho bude potřebovati.

Klade-li se důraz na zástavní právo, které se k osobní pohledávce připíná a od ní zase odpíná, je úplně lhostejno, zda tato pohledávka je platna či neplatna. Zástavní právo je zde věcí, která osobní pohledávce slouží. Věc tato nepřestává existovati, nemá-li existence pohledávka, kterou má pojišťovati. To je právě podstata vlastníkovy hypoteky, že je to hypoteka bez pohledávky a že může býti vlastníkem určena pro jinou pohledávku. Postup, který se děje, spojí-li se zapsané zástavní právo s osobní pohledávkou, jest týž, dá-li se fysická věc v zástavu ruční. Je-li pohledávka neplatná, nemá to žádného vlivu na věc. Jen vlastníkovi třeba ji vrátiti, a to se děje také při zapsaném zástavním právu.[17])

Také simultánní hypoteka může se takovým způsobem uvolniti. Nedoporučuje se však, aby se vzaly o tom do zákona podrobné předpisy. Je lépe, nechá-li se praksi a teorii, aby tuto těžkou otázku řešily. Jinak snadno koditikuje se nesprávný princip. Takovým je na př. § 1173 n. z. o. Vyrovná-li vlastník zástavního věřitele, nabývá hypoteky pouze na svém pozemku. Na ostatních pozemcích tato hypoteka zaniká. Poměr mezi hypotekami

---

17) § 460 návrhu: Vlastník může na základě vkladu schopné listiny, která prokazuje, že osobní pohledávka zástavního věřitele zanikla anebo ani vůbec nevznikla, právo zástavní vůbec anebo jen osobní pohledávku zástavního věřitele vymazati a zástavní právo buď ihned nebo kdykoliv později na základě své vkladuschopné dlužní listiny na pohledávku téhož nebo jiného věřitele převésti. Osobní pohledávka, na kterou vlastník právo zástavní takto převede, nesmí jíti dále, než jak stanoví § 461 a.

se tím úplně poruší. Místo simultánního práva zástavního vytvoří se na jediném pozemku solohypoteka na škodu všech pozdějších zástavních věřitelů.[18]) Takovým nešťastným principem je také § 663 nové osnovy uherské[19]) o tom, že při simultánní hypotece nesou dřívější pozemky zástavní břímě, třeba by se hypoteka později rozšířila. Vždyť přece rozšířením hypotek se břemeno na další objekty přesune. Naproti tomu třeba stanoviti aspoň takové zásady, které zákonodárství, i povaze simultánního práva zástavního odpovídají. Patří-li jednomu vlastníkovi všechny simultánně zavazené objekty, může disponovati hypotekou simultánní sám, převésti tedy simultánní právo zástavní na jinou pohledávku. Jsou-li vlastníci různí, může výmaz osobní pohledávky dojista vykonati každý z nich. Vlastníci tito tvoří o simultánním právu zástavním jednotu. Teorie chce ji posuzovati jako společenství podle § 825 o. z. o. Při převodu práva zástavního na jinou pohledávku mohla by tedy dle § 833 o. z. o. rozhodovati většina, která by se dle účastnických podílů počítati měla. Poněvadž se jedná o převod knihovní, nemohl se pro technické obtíže tento způsob doporučiti. I žádá se souhlas vlastníků všech. Každý vlastník může však žádati, aby se simultánní právo zástavní podle daňových hodnot na jednotlivé pozemky rozvrhlo. Pro zjednodušení věci vyhradilo se to řízení nespornému.[20]) Právo simultánního vlastníka musí se však obmeziti, propustí-li věřitel některý ze simultánně zavazených pozemků, ponechávaje si ručení ostatních. Kdyby se tu vytvořila nová samostatná vlastníkova hypoteka, zvětšilo by se obtížení na úkor zadních věřitelů. Ale ani podle poměru daňových hodnot nelze vytvořiti novou vlastníkovou hypoteku, pokud zástavní právo celkově na ostatních

---

[18]) Také 2. odst. § 1173 n. o. z. o náhradě proti ostatním simultánním věřitelům je neštastná konstrukce. Toho dotčeno bylo již výše.

[19]) Viz tekst § 663 v pozn. 7).

[20]) § 469 a návrhu: Právo dle § 469 může vykonati i vlastník pozemků simultánně zavazených. Jsou-li vlastníci různí, může výmaz vyrovnané osobní pohledávky věřitelovy vykonati každý z nich, převod zástavního práva na pohledávku nekterého věřitele může se státi jen za souhlasu všech. Každý z vlastníků simultánně zavazených pozemků může však žádati, aby se podle daňových hodnot simultánní právo zástavní na jejich pozemky jednotlivě rozvrhlo. O tom rozhodne soudce v řízení nesporném.

pozemcích ještě vázne.[21]) Také tu nesmí býti případný rozvrh mezi hypotekami porušen.[22])

Právo vlastníkovo má jednu končící lhůtu, příklep zastavené nemovitosti v exekučním řízení. Z důvodů, které byly uvedeny při kritice III. novely, odmítla se nějaká lhůta pro rozdělení výtěžků vnucené správy. Převede-li totiž vlastník své právo na někoho, není příčiny, proč by tato osoba na výtěžku vnucené správy podílu nebrala. Vlastník sám, nemaje osobní pohledávky, nemá naň nároku žádného.[23])

Při nové úpravě musily se také rozřešiti pochybnosti o pořadí zbytkových hypotek. Starší právo má přednost.[24])

Způsobu, jakým se úmluva s vlastníkem, že předchozí hypotekou nebude disponovati, vykořisťovala, musilo se zákonem čeliti. Byl naň obecný stesk jak od úřadů, tak notářů i advokátů. Shora stala se o tom podrobná zmínka. I bylo každou depurační poznámku odstraniti a ponechati to stranám mezi sebou, zda ta která hypoteka se vymaže. Peněžní ústavy mají dosti prostředků k tomu, aby dlužníka k tomu přiměly. Jedním z nejúčinnějších je výpověď pohledávky. Bude-li to však ponecháno obligačnímu ujednání, bude i samým peněžním ústavům tím umožněno, aby pro sebe výhod vlastníkovy hypoteky užily. Budou moci na žádost dlužníkovu depurační závazky zrušovat a na uvolněné místo samy své kapitály umísťovati. Ve svém neprozíravém odporu proti vlastníkově hypotece docela na to zapomněly.[25])

---

[21]) § 469 b návrhu: Vzdá-li se věřitel ručení na některém ze simultánně zavazených pozemků, ponechávaje si ručení ostatních, nelze, pokud ručení to trvá, právo dle § 469 a 469 a vykonati.

[22]) H e n d e l, 125.

[23]) § 470 návrhu: Nepřevede-li vlastník do příklepu zastavené nemovitosti právo zástavní na některého věřitele, nepočítá se s tímto právem zástavním při rozvrhu nejvyššího podání.

[24]) § 470 a návrhu: Právo zástavní, které dle § 469 vlastník na některou pohledávku převede, má pořad za právem zástavním za nezaplacenou ještě pohledávku. Pořad převodů dalších řídí se dle jejich zápisů.

[25]) § 470 b odst. 2. návrhu: Zřizuje-li se zástavní právo, nemůže se vlastník práva dle § 469 vzdáti. Zaváže-li se některému zástavnímu věřiteli, že v příčině některé předchozí zástavy práva toho nevykoná, má to jen účinky mezi stranami a nemůže to ve veřejných knihách a zástavním rejstříku býti poznamenáno, ani v listiny, na základě nichž se některá práva do veřejných knih neb zástavního rejstříku zapisují, býti pojato.

Novela III. opomenula přizpůsobiti i předpisy exekučního řádu nově zavedenému institutu. I při zrušení nebo změně exekuce (§§ 41, 376 a 377 ex. ř.) může se zástavní právo uvolniti. I bylo navrženo, aby byly §§ o tom přiměřeně doplněny. Nemohouť zůstati ve svém původním znění, má-li vlastník právo uvolněným zástavním právem disponovati. I zrušení nebo změna exekuce může se tedy provésti jen výmazem osobní pohledávky vymáhajícího věřitele, nikoli vůbec i zástavního práva.[26])

Novela III. nepovšimla si dále práva úkojného, které sice vymáhajícímu věřiteli propouští, aby podle § 208 ex. ř. v pořadí poznámky dražebního řízení právo zástavní za svou vykonatelnou pohledávku vložil. I dlužníku musí býti zachováno, uspokojí-li věřitele, aby aspoň zástavní právo za reální pohledávku v pořadí poznámky vložil a pak na pohledávku některého věřitele převedl.[27])

Nová konstrukce práva vlastníkova umožnila i nový způsob exekuce na právo dle § 469 o. z. o. Lze je převésti na pohledávku vymáhajícího věřitele. Ovšem toliko jednou. Právě jako vlastník nemůže své právo převésti než jednou, nemůže se tak státi i jinak, převede-li se toto právo v exekuci. Tím zamezí se souběh věřitelů, který by tu byl, kdyby se nějaká jiná forma navrhla.

---

[26]) Za § 41 ex. ř. navrhl se nový §: »Provede-li se exekuce zápisem práva zastavního na některé nemovitosti, stane se její zrušení nebo obmezení výmazem osobní pohledávky vymáhajícího věřitele nebo její části. Vlastník může však ověřenou žádostí navrhnouti, aby zástavní právo bylo zcela nebo z části vymazáno. Při částečném obmezení má zástavní právo za pohledávku vymáhajícího věřitele přednost před zástavním právem vlastníka nebo jeho nástupce. Ku § 376 ex. ř. navrhl se nový odstavec: »Nenavrhne-li dlužník ověřenou žádostí zrušení záznamu práva zástavního vůbec, vykoná se zrušení jeho výmazem osobní pohledávky věritelovy.« Jako 3. odst. § 377 ex. ř. se navrhlo: Zrušení neb obmezení práva zástavního provede se dle posledního odstavce § 376. Při částečném obmezení má zástavní právo za pohledávku vymáhajícího věřitele přednost před zástavním právem vlastníka nebo jeho nástupce.

[27]) Navrhlo se, aby se do prvního odstavce § 208 ex. ř. jako druhá věta vsunulo: V téže lhůtě může i dlužník na základě vkladuschopné listiny, kterou se prokazuje, že vymáhajícího věřitele spokojil, navrhnouti, aby v pořadu této poznámky právo zástavní za vymáhanou pohledávku bylo vloženo a může hned nebo kdykoli později právo toto dle § 469 o. z. o. na pohledávku některého věřitele převésti.

Nějaké eventuelní zabavování není možné, ponevadž se exekuce vede právě jen tím způsobem, že se právo vlastníkovo na pohledávku vymáhajícího věřitele knihovně převede. Nevyčerpá-li se reální pohledávka pohledávkou vymáhajícího věřitele, může zástavní právo až do svého vyčerpání na více pohledávek býti převedeno. Pořad mezi nimi již stanoví všeobecný předpis § 470 a, ale vytkl se poznovu podle času, kdy žádost dojde ke knihovnímu soudu. Technicky nebylo možno vyhnouti se nesnadnému případu, střetne-li se při exekuci více věřitelů v stejném čase. Povstane tu mezi nimi společenství dle § 825 o. z. o. a násl.[28]) Nastane tu poměrné hražení jako v konkursu.

Svrchu bylo již řečeno, že při zápisu skonsoliduje se osobní pohledávka s pohledávkou reální. Reální ji skorem absorbuje. Osobní v ní mizí. Stává se spolu s ní věcí. Věci této může i vlastník nabýti, aniž by se tím něco na její podstatě změnilo. Jen to z povahy věci plyne, že vlastník nemůže od sebe plnění žádati, sebe žalovati a exekvovati. Jakmile ale dá tuto věc zase dále, vykoná se zástavní právo podle svého obsahu. Takový smysl měl § 1446 o. z. o. před novelou a takový bude jeho smysl podle návrhu.[29]) Ovšem vlastník může vždy, bude-li chtíti, právo z konfuse provésti a právo zástavní na pohledávku jiného věřitele převésti nebo jen svou osobní pohledávku vymazati. To je však jen případ školský. Ve skutečnosti neučiní tak vlastník žádný.

Novela III. nedotkla se také předpisů o amortisovaných knihovních pohledávkách. Dle § 121 kn. ř. povoluje soud, jakmile ediktální lhůta projde, na návrh žadatele amortisaci vkladu a zároveň také již jeho výmaz. Může-li vlastník právo zástavní na nějakou jinou pohledávku převésti, musí to jeho vůli býti ponecháno, zda právo zástavní vymaže.[30])

---

[28]) Ku § 3.0 ex. ř. navrhl se odstavec. Na zástavní právo vlastníkovo dle § 469 o. z. o., při němž osobní pohledávka věřitelova byla vymazána, vede se exekuce tím způsobem, že se toto právo převede na pohledávku vymáhajícího věřitele. Několika věřitelům lze postupně povoliti tuto exekuci, pokud nominelní pohledávka, při zástavním právu zapsaná, stačí. Pořad mezi nimi rozhoduje čas, kdy žádost ke knihovnímu soudu dojde. Dojde-li současně více žádostí, převede se právo zástavní na všechny pohledávky věřitelů společně. Jejich právní poměry řídí se pak dle pravidel o spoluvlastnictví.

[29]) § 1446 návrhu: Práva a povinnosti, která jsou ve veřejných knihách zapsány, nezanikají, sjednotí-li se v osobě vlastníkově.

[30]) Navrhla se tato změna 2. odst. § 121 kn. ř.: Projde-li marně

Konstrukci vlastníkovy hypoteky je na výmazu práva zástavního interesován vlastník. Je tedy třeba, aby se také jemu propustila poznámka pořadu pro jeho zamýšlený výmaz. O tuto poznámku rozšířeny tedy předpisy o pořadu. Naproti tomu odepřelo se to věřiteli, poněvadž je to s institutem vlastníkovy hypoteky v odporu. Jen nedopatřením zákonodárce zůstalo to ještě, jak již uvedeno, v § 53 kn. ř.[31])

Když se upravila vlastníkova hypoteka takovýmto způsobem, není více potřebí, aby se ještě přijímal předpis o výmazu práva zástavního s tříletou výhradou jeho pořadí pro příští právo zástavní. Jak uvedeno, navrhla se tato forma, aby vlastník vyloučil zásah třetích osob na zaplacenou pohledávku. Ale nyní bude tento zásah vyloučen výmazem osobní pohledávky věřitele a kromě toho ještě před jejím vyrovnáním vlastníkovou poznámkou pořadu pro zamýšlený výmaz. Poznámka tato bude sloužiti i výmazu úplnému, i neúplnému, výmazu zástavního práva vůbec, i výmazu osobní pohledávky věřitelovy.

Naproti tomu ponechal se vklad zástavního práva nového v pořadí starého, vymaže-li se starší právo do roka, poněvadž je to potřebí k účelům konversním. Výminka byla však zde připjata pouze na staré pořadí, nikoli na samý zápis práva zástavního. Stranám musí býti na vůli ponecháno, aby právo zástavní, nevymaže-li se do roka právo starší, nechaly v pořadí běžném. Vlastníkovi musí býti také zůstaveno, aby i nového práva zástavního ku disposici dle § 469 o. z. o. použil.

Poněvadž se děje zpravidla zápis nového práva zástavního v pořadí práva staršího za účelem konversním, propuštěn i výmaz věřiteli, pro něhož nové právo zástavní bylo zapsáno. ač to ústavu vlastníkovi hypoteky odporuje. Účinky § 58 kn. ř vztaženy však také na staré právo zástavní, vymaže-li se toto do roka. Zároveň s ním mohou býti vymazána všechna práva, která

---

lhůty ediktální, vysloví soud usnesením, že se hypotekární pohledávky a všechny na ně se vztahující zápisy amortisují a že vymazány býti mohou. Vlastník může pak zápisy buď vůbec nebo jen pohledávky s právy na nich zapsanými vymazati a právem zástavním dle § 469 o. z. o. nakládati.

[31]) I navrženo, aby se v § 53 odst. 2. kn. ř. vypustila slova »nebo výmazu« (oder der Löschung) a aby zařaděn byl jako jeho třetí odstavec: »S těmito účinky může také vlastník žádati za poznámku zamýšleného výmazu pohledávky některého věřitele.«

po zápisu nového práva zástavního na staré práva zástavní byla zapsána.

Při částečném výmazu starého práva zástavního navržena přednost zbytkové hypoteky před hypotekou novou a pro nové hypoteky dle jejich zápisů.

---

# DÍL DRUHÝ.

# Právní povaha vlastníkovy hypoteky.

## I.

## Řešení v životě a teorii.

### § 13. Příbuzné zjevy.

Vlastníkova hypoteka je dnes historickým a přítomnym faktem. Vyrostla a roste. Leckomu zdála se zrůdou. Zůstal mu skryt kvas, z něhož se zrozovala.

Právo římské dávalo tu rozluštění těžké. Muselo se zůstati ve vývoji domácího práva, aby se vlastníkově hypotece porozumělo. Vytvořila se sice v době novější, ale byla jen starou formou s obsahem novým. Forma její je středověké právo vlastnické, které svůj přiléhavý výraz nalezlo v středověké držbě (gewere). Všechna věcná práva byla nám v ní patrna. Obsahem svým dávala jim větší nebo menší sílu a tím jejich individualitu. S obsahem širším vyjadřovala vlastnictví, s obsahem užším právo lenní, selské, zástavní nebo jiné právo užívací. Tímto obsahem, širším nebo užším, vyrovnávala práva věcná jedno druhým. Činila z nich zjevy souřadné, soudružné.[1]) Tento právní názor mohl beze všech právních násilností připustiti současné zhromadění těchto různých práv v rukou vlastníkových. Právu vlastnickému s obsahem užším nedostalo se tím obsahu širšího. Ku právu vlastnickému přiřadilo se jen právo jiné.

---

[1]) Dr. Andreas Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, II, Leipzig, 1886, 15, Alex. Franken, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Leipzig, 1894, 168, Gierke, Deutsches Privatrecht, II, 331.

Případy podobné vyskytují se zejména v právu lenním. Při personální unii manství s královstvím byl král v jedné osobě lenním pánem, i manem. Lucemburkové a Habsburkové byli jimi svými domácími lény. Objevovalo se to i při jiných lénech, církevních i světských. Ač tu docházelo ku konsolidaci v rukou krále, osoby duchovní neb knížecí, odporovala jí teorie, hájíc názor, že léna trvají »penes universitatem, ecclesiam, principatum.[2]) Tam, kde léno jako uvolněné jen na čas spadlo na pána, mluvila pak teorie o konsolidaci časové (consolidatio temporaria) jako protivě konsolidace trvalé (consolidatio perpetua), kde svazek lenní zanikal nadobro.[3]) Pruský Landrecht projevil to v zákonném předpisu.[4])

Právo věcné se svým užším obsahem, jsouc s vlastnictvím souřadno, dává nám naučení ještě jiné. Skytá nám poučku, že z vlastnictví lze část práva vyloučiti a jako samostatné právo vytvořiti. Takovou povahu má právo lenní, selské, zástavní a horní. Je to jen projev téhož principu, vytvořil-li vlastník na svém pozemku ve vlastníkově hypotece předmět způsobilý pro zastavení.

Ještě další příbuznost jeví se v rentách. I prameny samy, ne snad jen teorie kladou je na roveň jiným předmětům právního obchodu. Zřízení rent jako převod nemovitostí dálo se vzdáním (Auflassung)[5]) a také jejich další převody.[6]) I když

---

[2]) Georgii Ludovici Boehmeri Principia juris feudalis. Francofurti et Lipsiae, 17900, 267. Týž cituje tamže Clemens Vaillant Opuscule, que par l'Elevation du Vassal a la dignite Royale les Fiefs. qu'il avoit auparavant, ne sont unis au Domaine public.

[3]) Boehmer, l. c., Dr. Andreas Christian Johannes Schmid, Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts, II, 261 a násl. Dr. Georg Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, II, Berlin, 1885, 778.

[4]) P.L.R. I, § 677: Dadurch das die Rechte des Lehnsherrn und Vasallen, auf einige Zeit, in der Person eines Repräsentaten des Lehnsherrn oder des Beliehenen, vereinigt werden, wird die Lehenseigenschaft der Sache nicht geändert.

[5]) Dr. Ludwig Duncker, Die Lehre von den Reallasten, Marburg, 1837, 70, Göschen, Die Goslarischen Statuten, Berlin, 1840, 24. ZDR. 19 (1859). O. Stobbe, Zur Geschichte u Theorie des Rentenkaufes, 186, Dr. Wilhlem Theodor Kraut, Grundriss zu Verlesungen über das Deutsche Privatrecht. Bearb. v. F. Frensdorff, Berlin u. Leip-

se pak později používalo výrazu »koupě a prodej renty«,[7]) i tato slova ukazovala jen na samostatný předmět, který se kupuje a prodává anebo také zase zpět kupuje.[8]) Je to zřejmo také na »gewere«, která se na rentě nabývá.[9]) Renta je způsobilý předmět pro vlastnictví,[10]) léno,[11]) zástavu[12]) a odkaz.[13]) Pro právní nedostatek dává se při rentě správa.[14]) O její samostatnosti svědčí také její trvalost.[15]) Příznačný bývá také její název

---

zig, 1886, 267, Paul Rehme, Das Lübecker Oberstadtbuch, Hannover, 1895, 44, 82.

[6]) Stobbe, l. c. 198.

[7]) Stobbe, l. c., 195, Kraut 269, Rehme 83. V Lubeku se za rentu nemovitosti vzdávaly. Kdo chtěl ze svého pozemku míti rentu, vzdal jej někomu a přijal jej zase od něho zpět, zavazuje se mu platiti rentu. Viz Dr. Carl Wilhelm Pauli, Die s. g. Wieboldsrenten oder die Rentenkäufe des Lübischen Rechts, Lübeck, 1865, 6, 7, 15 16.

[8]) Dr. Wilhelm Eduard Albrecht, Die Gewere, Königsberg, 1828 157, Meklemburgisches Urkundenbuch (UB) ,2251 (1293): quos X marcas. . .(reemere poterit., 2515 (1298) 2533 (1299).

[9]) Beseler, System des. gem. deutschen Privatrechts, I, Berlin, 1885, 318.

[10]) Albrecht, 158, Duncker, 96 a násl., Stobbe, 189, a násl. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, II, Regensburg, 1847, 35.

[11]) Mekl. UB, 920 (1261), Duncker, 67.

[12]) Bremisches UB V, 367 (1428): hebben gesattet unde vorpendet den ergenanten borgemesteren rade unde der stad Bremen jarlike rente unde tinse achtenlich Bremer mark, de de veer dorpe in deme lande to Vy, alse Wolstorpe, Schipdorpe,-Bramele unde Ghastendorfe jarlikes up winachten uns unde unsem stiche pleghen to ghevende.

[13]) Meklemburg. Urkundenbuch, IV, 2438 (14/2 1297 Wismar) Domina Engelburgis uxor quondam Johannis Persic concordauit taliter cum privigna eius, moniali de Rune, quod ipsa dabit dicte moniali singulis annis unam marcam denariorum de magna domo . . . Que si moritur, tunc dicta domus hereditabit dicte moniali; et tunc ipsa monalis erogabit, cuicumque dicta domina assignauerit, singulis annis in purificacione beate Marie unam marcam denariorum, quosque omnes redditus, quos ante morem dicte domine sustulit, fiant totaliter persolute. Ambabus vero mortuis debent dicti redditus distribui sex ecclesiis in Wismaria.

[14]) Duncker, 67.

[15]) Mekl. UB. 852 (1260): Dominus Symerus in morte constitutus assignavit. S. Mariae duarum marcarum redditus ad vinum et lumen singulis annis. Ille due marce dabuntur de area illa, que apud scolas iacet. Quicunque illam aream possidet, dabit illas perpetuo 1567 (1281):

»Ewiggeld« (census perpetuus).[16]) Právo,[17]) i teorie[18]) považují rentu za věc nemovitou a toliko splatnou rentu za věc movitou.[19]) Renty nabyly ještě větší samostatnosti, když se jaksi v listy vtělily, které přínosce k rentě oprávňovaly.[20]) Listy měly někdy konstitutivní povahu, znějíce na dědice, nástupce a přínosce.[21]) I samy renty podle listů zvaly se Handfeste,[22]) Briefe,[23]) Ewiggeldbriefe.[24]) Takto osamostatněny nemusely renty pomíjeti, když zpět na prodavače spadaly.[25]) I jsou dosvědčeny příklady, že někdo má rentu »in sua propria domu« nebo že ji jako vlastník po příbuzných dědí.[26]) Také monografistovi reálních břemen Friedliebovi tanou na mysli případy, kde konfuse zánik reální břemena nezpůsobí. Můžeť zde býti zindividualisovaný účel reálního břemene, na př. ve prospěch jiného pozemku, který

---

redditus duarum marcarum perpetuo in hereditatem 2323 (1295) Gerhardus Monachus emit XVIII. tremodia redituum singulis annis de Rodenbeke et suis liberis. Hoc cessit iure hereditario super liberos ipsius Gerhardi, videlicet Johannem et Ermegadim filiam eius et tutorem eius Hassonem de Crukov iuvenem, in villa, que dicitur Soverdorp. Modo vendidit suam porcionem ipse Johannes filius Gerhardi domine Benedicto de Roden (dem) beke iuniori.

16) Stobbe, 184.

17) Duncker, 64, Auer, Das Stadtrecht von Munchen, München, 1840, CXXX.

18) Consiliorum Gasparis Klocki, Tomus II, Norimbergae, 1783, cons. 40, 340/47.

19) L. c. III, cons. 104, 70/61.

20) Brem. UB. II 255 (1325). Dlužníci vyznávají, že prodali Wolterovi, vikáři sv. Mikuláše v Brémách za 12 m. stř. důchod jedné marky ve svém domě a pozemku. Platiti se má Wolterovi »vel quicumque presentem literam habuerit«. Nesplní-li se v čas, extunc idem Wolterus vel qui presentem literam habuerit prefatas domum et aream, cuicumque voluerint, locandi habebunt plenam et liberam potestatem. 467 (1340) důchod určité osoby nebo držitele listu.

21) Dr. Paul Rehme, Zur Geschichte des munchener Liegenschaftsrechtes, Berlin 1900 (Festgabe für Heinrich Dernburg), 25. Vlastník slibuje, že bude »Ewiggeld« platiti kupci, »seinen erben und nach kommen oder wer den prief mit seinen guten willen innhat«.

22) Bruck, 29 a násl.

23) Stobbe, 187.

24) Rehme, l. c. 25.

25) Mekl. UB. 2330 (1295). Qui omnes annuales redditus eo mortuo liberi nobis erunt.

26) Bruck, l. c 19, 21.

v majetkové subjektivitě toho kterého vlastníka nezaniká.[27]) Renta někde přechází v úročnou zápůjčku. Do vůle věřitele se klade, zda rentu nebo kapitál se zadrželou rentou, vlastně nyní úrokem, chce míti zaplacen.[28]) Nelze tu však míti za to, že by rozšířením platební povinnosti i na kapitál samostatná povaha renty vzala za své. Tak tomu bylo zejména ve Švýcarech, kde v jedné skupině kantonů, jak již bylo uvedeno, statky rentami se zastavovaly, a kde tato forma zastavení ještě dnes je platná. Týž charakter jako renta má i vedle ní se vyskytující dlužní list (Schuldbrief). Vedle důchodů »Gült«, které jsou »liegende Zedel«, byly zde pohledávky, splatné po lhůtách »Terminzedel« nebo v určité jedné lhůtě »Handwechselzedel«, někde »Zahlungsbriefe« pro dluhy kupní a dědické.[29])

Jakási vlastníková hypoteka objevuje se již i v zemském právu českém. Je to však hypoteka pouze na oko, vskutku je to dědický zápis statku příbuzným. Podle českého zemského práva nedědili po zůstaviteli dědicové, kteří od něho statkem byli odděleni a, nejsouce nedílné, i ženy již vybyté. Statek spadal tu jako odúmrť na krále.[30]) Jeden z prostředků, kterými se tomu čelilo, byl nápadný zápis s místem. Kdo tak učiniti chtěl, zapisoval svůj statek některé osobě v zemské desky dluhem, připojuje ku jménu této osoby prázdné místo.[31]) Toto prázdné místo

---

[27]) Ernst Friedlieb, Die Rechtstheorie der Reallasten, Jena, 1860, 349.

[28]) Max Neuman Geschichte des Wuchers in Deutschland, Halle 1865, 274 a násl.

[29]) Eugen Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts III, 438 a násl.

[30]) JUDr. Jaromír Čelakovský, Právo odúmrtné k statkům zpupným v Čechách. V Praze, 1882, 5. R.Č.A. III, 1, Josef Kalousek. O staročeském právu dědickém a královském právě odúmrtném na statcích svobodných v Čechách i v Moravě. V Praze, 1894, 26. Kapras, K dějinám českého práva zástavního. V Praze, 1903, 75. Dr. Rudolf Rauscher, O zvolené posloupnosti v českém právu zemském. V Praze, 1921, 15 a násl.

[31]) Všehrd, O právích země české knihy devatery, VI, 38. Způsob zápisu s miestem a s uvázáním: Brenek z Konšperka přiznal se před úředníky, že jest dlužen tisíc kop českých Alšovi z Konecchlumie že diel' mrtvého na jiného má připadnouti; pakli by oba umřela, prvé nie, kdyby bez nich býti nechtěli. Pakliby nezaplatil, tehdy oni samým komorníkem nebo bez komorníka moci svú s pomocí kterýžkoli lid

mohl vlastník, kdykoli se mu zlíbilo, vyplniti jménem osoby své důvěry, o níž byl jist, že mu statek propustí. Propuštění její platilo pak i pro zápis první. Statek stal se volný. Prázdné místo tedy bylo vyhrazeno disposici vlastníkově dluhem, v účincích svých dědickým zápisem.[32]) Nemohlť žádný nápadný zápis ve desky jinak býti zapsán než dluhem. Dluh tento však nikdo dlužen nebyl, takže nemohl ani nikdy býti zaplacen.[33]) Právnická forma zápisu s místem je simulovaný dluh, aby na základě něho pak v cestě exekuce zápisník v nemovitosti mohl se uvázati. Vlastnictví připadne mu ze simulovaného dluhu.[34]) Umře-li vlastník, děti maje, mohou ještě tyto prázdné místo vyplniti osobou, která by jim zápis propustila.[35]) Disposice vlastníkova

budú se moci uvazati v dědictvie jeho v Kamenici — (atd.) A to buda moci držeti, prodati, zastaviti, zapsati, a učiniti z toho, co se jim zdáti bude jako z svého vlastního dědického. Umřel-i by pak který z nich, že diel' mrtvého na jiného má připadnouti; pakli by oba umřelo, prvé než svrchupsaný Břeněk, tehdy týž Břeněk zápisu toho bude prázden a svoboden. A kdyby jeden z nich jemu Břeňkovi zápis tento propustil, zase má mocno býti jakoby obá propustila. Zapsáno to léta božieho 1496 v úterý po Sv. Kříži. Viz Čelakovský, l. c. 9/10 latinské znění podobného zápisu.

[32]) Všehrd, VI, 36: Jménem miesta v zápisích jiného se nic nemieni než moc pozóstavená k změnění toho zápisu, kterýž s miestem jest, když se zapisujíciemu zdá. Neb komuž se zapisuje, těch se jména ve desky hned píší; než jménu toho, ktož by ten zápis měl propustiti, miesto se pozóstavuje.

[33]) Všehrd, VI, 39/4: Žádný zápis nápadní jinak ve desky zapsán býti nemóž než dluhem, poněvadž jsú tak ustanovili ktož jsú dsky najprvé nalezli a vymyslili. A jest to takový dluh, že jeho žádný zaplatiti nemóž, a z té příčiny se tak zapisuje aby zaplacen býti nemohl. A poněvadž zaplacen býti nemóž od toho, ktož jej zapisuje, nad to od žádného (čehož se mnozí tomu nedostatečně rozumějíce obávají) zplacen býti nemóže. Neb pod způsobem toho dluhu ne summa peněžití k zaplacení, než dědictví, dno a gruntové k dědičnému držení se zapisují.

[34]) ZZ z r. 1530, 151: Kdo chce dědictví své zapsati po smrti své »s místem« výš než nad sto kop grošuov českých, jestli že by umřel bez dědicuov; tehdy ten, komuž se zapíše, stojí-li s komorníkem uvázání, má se k dědictví uvázati s komorníkem v ty dědiny. A když se uváže tak s komorníkem, tehdy jemu v té summě dědicky zůstati má. Viz též ZZ z r. 1549 H. 23.

[35]) ZZ z r. 1549, H. 7: Item, kdož by koli udělal zápis »s místem« a tím zápisem dědictví své že by někomu zapsal a v tom že by umřel

nad zápisem s místem má tedy dvojí obsah. Vlastník může jednak v prázdné místo zapsati osobu novou, takže pak vedle starého zápisníka i jí dědictví připadne. Jednak má od té osoby právo žádati, aby mu zápis uvolnila. Pokud se tak nestane, nelze na celé dědictví učiniti zápis nový.[36])

V českém právu městském tvořily nezaplacené peníze za prodaný grunt způsobilý předmět pro jakýkoli právní obchod. Mohla si je koupiti osoba třetí, ale také sám vlastník pozemku, který je dluhoval. Jemu musily se také nabídnouti, chtěl-li je věřitel někomu prodati. Prodal-li je věřitel, neučiniv této nabídky, mohl dlužník v tento prodej vstoupiti a peníze od kupce převésti na sebe.[37])

Zjevy příbuzné vlastníkově hypotece vyskytují se také ve Slezsku. Zde bylo již v 16. stol. zvykem, že knížecí kancelář vydávala o právních jednáních stran pergamenové listy se svou pečetí.[38]) Zněly také na zápisy statků a zvaly se podle svého pergamenu koženými listy (lederne Briefe). Vydávaly se pouze nejvýše do poloviny hodnoty statku, a zemský nebo zeměpanský úřad je stvrzoval. Požívaly proto obzvláštní víry a jistoty. Při koupi statků platilo se jimi místo peněz a prodejem snadno zjednala se za ně běžná mince.[39]) Na tyto kožené listy

a děti řádně že by po sobě nechal: tehdy děti nebo jedno z nich, přijdouce k letom spravedlivým, muože na prázdné místo doložiti, kohož se jemu zdáti bude, aby jemu nebo jim ten zápis propustil. ZZ z r. 1564 E 35. —

[36]) ZZ z r. 1549 H 12 = 1564 E. 40. Viz též Koldín, GL.

[37]) Koldín, H XXII.

[38]) Weingarten, Fasciculi diversorum jurium, Nürnberg, 1690, II, 317, Rechte und Lands-Ordnung des Fürstenthums Teschen z. 30/7 1590. Cantzeley: Articulus II: Allerley Pergamene Briefe zu den Verkauffen, erbliche Güter und Contracten, Heyratsguts-Bekräfftigungen, Uebergaben, Abtrettungen, Ansprüche und alle andere Bekräfftigungen, sollen aus der Fürstlichen Cantzeley unter dem Fürstlichen Insiegel und dessen Hand-Unterschrift ausgefertigt werden, und soll in der Cantzeley hiervon nichst mehrers genommen werden, ale von ein hundert Goldgulden einen Goldguden, und von ein hundert Gulden-Müntz, ein Gulden-Müntz, Heyrats-gütl. Verschreibungen aber, von ein hundert Goldgulden, nur ein Gulden-Müntz.

[39]) Gruchot Beiträge, 28 (1884). Dr. Wilhelm v. Brünneck, Beiträge zur Geschichte und Dogmatik der Pfandbriefsysteme nach preussischen Recht, 69 a násl. (Suarez), Gedanken eines Patrioten über

zejména v knížectví svídnickém a javorském ukazuje pruský Friedrich II., zaváděje v Slezsku kabinetním rozkazem ze dne 29. srpna 1769 pro panující tam nedostatek peněz, zvláštní ústav, kterým již i braniborští stavové svému úvěru pomohli.[40]) Stavové jednotlivých knížectví slezských mají tvořiti zemský sbor, který místo dřívějšího úředního stvrzování kožených listů má převzíti ručení za zástavní listy, které kdokoli na své statky může bráti do polovice jejich hodnoty. Ze zástavních listů měl dlužník zvláštní zemské komisi platiti 5%ní úroky. Komise tato měla je pak odváděti držitelům zástavních listů, když jí je v půlletních terminech předkládali. Čekalo, že se tím nedostatku peněz odpomůže, ježto při značných kapitálových splátkách každý spíše zúročitelné kožené zástavní listy než peníze bude bráti.[41]) Tím způsobem bylo každému umožněno, aby jako při pozdějším dluhu pozemkovém na svůj statek do zásoby kožené zástavní listy přijímal a jimi teprve při příležitosti disponoval. V tomto mezidobí nebyl by ovšem musil zemské komisi úroky platiti.[42]) Skutečné

---

den Entwurf zur Wiederherstellung des allgemeinen Credits des schlesischen Adels, Breslau, 1770, 18. Dr. Arthur Nussbaum, Lehrbuch des deutschen Hypothekenwesens, Tübingen 1921, 220 a násl.

[40]) V Prusku podal r. 1767 berlínský kupec Büring Friedrichovi II. návrh na zřízení šlechtických úvěrních spolků. Viz Hirth's Annalen des Deutschen Reichs, 1898, 546, Ed. Wegener, Die Landschaften. V literatuře se uvádí, že návrh Büringův byl pro Prusko odmítnut, a teprve pro Slezsko proveden. Na to pak zaveden r. 1777 i v Markách. (Viz Wegener, 549). Než Friedrich II. v kabinetním rozkaze ze dne 29/8 1769 výslovně praví,: »...so habe Ich... mich resolviert, Meine getreue Schlesische Stände in eben die vortheilhafte Verfassung zu setzen, in welcher Meine Churmärkische Landschaft ihren Credit und gemeinschaftliches Wohl bisher unterhalten und befördert hat« I zdá se, že v Markách té doby tento system již byl zaveden.

[41]) (Suarez), l. c. 1. a násl., 79 a násl. Viz též tamže 113 a násl. otisk kabinetního rozkazu ze dne 29/8 1769.

[42]) L. c. 111: Es ist wahrscheinlich, dass diejenigen, welche ihren Vortheil einsehen, einen Theil ihrer Güter, ohnerachtet sie keine Schulden darauf haben, in Pfandbriefe verschreiben zu lassen, und solche in ihren Kasten zu legen Lust bekommen möchten. Der Nutzen, den sie davon ziehen würden, kan sich auf vieleley Art äussern. Sie sind dadurch gegen alle unvermuthete Zufälle gedeckt, und konnen durch keinen derselben aus Mangel an baarem Gelde in Verlegenheit gesetzt werden. Sie können bey manchen Gelegenheiten sich grosse Vortheile damit verschaffen, profitable Käuffe thun und andre Geschäffte vornehmen,

zavedení zemských zástavních listů stalo se pak reglementem ze dne 15. července 1770.[43])

Vývoj středověkého listovnictví nesl s sebou, že se listu a pečeti obzvláštní význam dával, tak že se list docela za veřejnou listinu považoval.[44]) Pohledávka tou měrou zhušťovala se v tyto listy, že byl-li list za neplatný prohlášen, byla tím i pohledávka zahrnuta. Byl-li list na soudě provolán, a nikdo se nehlásil, prohlašoval se za mrtvý a neplatný.[45]) V Bremách vydával jej vlastník docela na osobu fingovanou, uschovával doma a vydával teprve skutečnému věřiteli, až peněz potřeboval. Ještě v 19. stol. bylo zde zvykem, že soudní prokurator v těchto listech jako nastrčená osoba fungoval.[46])

Také ve Francii zamýšlelo se zákonem hypotečním ze dne 9. messidora III (27./6. 1795) zavésti institut hypoteky »sur soi-même«,[47]) ale zákon z 11. brumairu VII to odstranil.[48])

---

die sie jetzt bloss nur desswillen unterlassen müssen, weil sie das erforderliche baare Geld nicht gleich zur Stelle haben können. Es ist kein Zweifel, dass dieses nicht angehe, und es versteht sich von selbst, dass von diesen Grundbriefen, so lange sie bey dem Eigenthümer des Gutes im Kasten liegen oder der Landschafts-Casse nicht praesentiert werden, auch keine Zinsen gezahlt werden dürfen. Weil aber die Landschaft ihre Register, nach welchen künftig die Interessen eingezogen und berechnet werden sollen, nach den ausgefertigten Pfandbriefen einrichten muss, so werden diese, nur blos auf den Nothfall ausgefertigte Briefe in denen gewöhnlichen Terminen entweder praesentirt, oder in der Landschafts-Casse gegen eine Bescheinigung so lange deponirt werden müssen, bis der Eigenthümer einen ihrer fernern Bestimmung gemässen Gebrauch davon zu machen gesonnen ist.

[43]) Wegener, l. c., 547 a násl.

[44]) Wilhelm Ewald, Siegelkunde, München u. Berlin. 1914, 44.

[45]) Dr. Ferdinand Bischoff, Steiermärkisches Landrecht Mittelalters. Graz, 1875, 184.

[46]) Dr. Heinrich von Poschinger, Beitrag zur Geschichte der Inhaberpapiere in Deutschland. Erlangen, 1875, 4.

[47]) Art. 36: ..accorde à Tout propriétaire de biens et droits susceptible d'hypothèque, la faculté prendre hypothèque sur lui-même, pour un temps déterminé, qui ne peut excéder dix années, par la voixe de cédules hypothécaires, jusqu'à concurrence néanmoins des trois quarts de la valeur capitale ou prix vénal de sesbiens présens désignés dans la cédule... Le conservateur des hypothèques... est garant de la valeur capitale annoncée par la cédule... Cette cédule hypothècaire est transmissible, non point au porteur innomé, mais par la voie de l'endossement à ordre... Il n'y a aucun recours de garantie d'un endosseur

Již při zavádění pruské vlastníkovy hypoteky bylo poukazováno na obdobu moderních cenných papírů. Nauka o konfusi musila se při nich úplně pustiti. Starší systemy směnečného práva mluví ještě o konfusi nebo konsolidaci.[49]) Odpovídalo to tehdejšímu směnečnému zákonodárství, které se ještě na obecné předpisy občanského práva o konfusi a konsolidaci odvolávalo.[50]) Ale již osnova směnečného řádu pro Prusy, kterou vzala lipská konference za základ pro obecný směnečný řád německý, připouštěla v § 11 indosaci na trasáta a akceptanta.[51]) Motivy uvažovaly následky konfuse pro takovéto indosamenty, ale znalci z kruhů obchodních vyslovovali se pro úplnou platnost takových indosamentů. Odpovídáť to, jak výslovně uváděly, povaze i potřebě směnečného obchodu. Směnečné zvláštnosti nedopouštějí konfuse, i kdyby vůbec byla možna.[52]) Z porad komise vyšel dnešní čl. 10 směnečného řádu.

---

à l'autre, excepté seulement en cas de faux. Cit. dle Frankena, Lehrbuch des deutschen Privatrechtes, Leipzig, 1894, 240.

48) Bruck, 68.

49) Dr. Georg Carl Treitschke, Alphabetische Encyklopaedie der Wechselrechte u. Wechselgesetze, Leipzig, 1831, II, 758, Dr. Franz Eduard Kalessa, Handbuch des österreichischen Wechselrechts, Wien, 1844, 106. Týž, Handbuch des österreichischen und gesammten deutschen Wechselrechts, Wien, 1859, 136.

50) Treitschke, l. c., 758 hannoverský sm. ř. § 41, výmarský § 184, brémský z r. 1712 § 30, frankfurtský § 44.

51) Protokolle der zur Berathung einer allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung. Leipzig, 1848, VII.

52) L. c. XLII: Die Einlösung unter Giro als Zahlung aufzufassen, dazu hat man kein Recht, eben weil sich der Acceptant nicht quittiren, sondern giriren lässt, auch vor Verfall überhaupt nicht zahlen soll; überdies setzt das Giro nicht nothwendig eine Einlösung voraus: es kann auch ein Act der Freigebigkeit sein. Die Confusion aber, diese civilbrechtliche Aufhebungsart, kann man vor Verfall selbst dann, wenn sie hier nach Strenge des Civilrechts behauptet werden könnte, nach der Eigenthümlichkeit des Wechsels nicht zulassen. Der Wechsel soll bis zur Verfallzeit umlaufen; der Austeller und alle Indosanten haben sich jedem künftigen Inhaber verpflichtet; das Recht des Inhabers gegen die Garanten ist ein unmittelbares, von dem besonderen Verhältnisse eines Vorbesitzers unabhängiges; es muss deshalb ganz gleichgültig sein, durch wessen Hände inmittelst der Wechsel gegangen ist. Bei einem in Blanco girirten Wechsel, welcher ohne neues Giro an den Acceptanten gelangt, kann man die Confusion ohne hin nicht anerkennen: der Acceptant kann ihn ohne Bedenken weiter geben, und was sonach hier rechtlich möglich ist, kann man auch bei einer Begebung durch Indos-

Vzhledem ku těmto novým předpisům odpadají ovšem v nových systemech zmínky o konfusi[53]) anebo se tvrdí, že účinky její nevzniknou.[54]) Indosuje-li se směnka na akceptanta, praví se zde, dává se indosamentem na jevo, že strany si nepřejí, aby zanikla.[55]) Je-li ještě někde zmínka o civilněprávní konfusi, jeví se to jen jako reminiscence z příruček předchozích.[56])

I v akcii, která byla dříve jen potvrzením o zaplaceném vkladě, zhustila se práva akcionářova.[57]) Akcie stala se jich nositelem.[58]) Přicházejíc do držby podniku, nemohla způsobiti svou neplatnost. Zakazuje-li novější zákonodárství, aby podnik nabýval svých vlastních akcií,[59]) tato zápověď ukazuje sama, že pojmově lze jich nabývati. Zápověď nezpůsobuje neplatnosti nabytí, má jen tresty pořádkové v zápětí.[60]) Zápovědi tyto nevycházejí z příčin právních, nýbrž spíše z hospodářských. Nabýváním vlastních akcií zmenšuje se základní kapitál, který podle stanov, i zákona má se věřitelům zachovati jako jistota.[61])

Když prakse do oběhu parcielní dlužní úpisy zaváděla, začala teorie o nich hájiti, že na majitele lze je i v po-

---

sament gelten zu lassen keinen Anstand nehmen. Die Sicherheit des Wechselverkehrs würde auch zu sehr leiden, wenn jeder Erwerber sich erst die Ueberzeugung verschafffen müsste, dass unter den Indossanten nicht der Acceptant vorkomme.

[53]) C. S. Grünhut, Wechselrecht, I, Leipzig, 1897. 350.

[54]) Dr. Johannes Emil Kuntze, Deutsches Wechselrecht, Leipzig, 1862, 84.

[55]) Dr. Heinrich Thöl, Das Handelsrecht, II, Leipzig, 1878, 779, 780.

[56]) M. v. Stubenrauch, Die neue Wechselordnung, Wien, 1850, 48.

[57]) Dr. Karl Lehmann, Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechtes bis zum Code de Commerce, Berin, 1895, 77.

[58]) Lehmann, 81.

[59]) Čl. 215 d, 226 noz., § 32 akc. regulation z 20. IV. 1899 č. 175 ř. z.

[60]) Dr. Carl. Gareis — Otto Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, Berlin, 1891, 500. Dr. Ludwig Weyl, Handbuch des Deutschen Actiengesellschaftsrechts, II, Freiburg i. B u. Leipzig, 1896, 78.

[61]) Gareis—Fuchsberger, 500, Konrad Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, Stuttgart, 1898, 634, Dr. Walther Landauer, Das österreichische Actienrecht, Wien, 1900, 69.

zemkových knihách zapisovati. Pokud nebyly vydány, byl jím i sám vlastník.[62])

Tyto všechny zjevy ukazují, že právo ve svém vývoji směřuje k tomu, že připoutává pohledávky na jistou formu a tvoří si tím pro právní obchod objekty. V českém právu byly jimi docela i zápisy na statky, počítané mezi nemovitosti.[63]) V rak. obč. zákonníku jsou pohledávky, ve veřejných knihách zapsané, věcmi movitými (§ 299). Novější právo zove listy, v nichž se pohledávky ztělesnily, cennými papíry a rozšířilo jimi právo o nový druh věcí.[64]) Vidí-li se v takovýchto papírech věc, nemůže věc tato pozbýti své podstaty, dostane-li se do rukou toho, od něhož pochází. Cenný papír v rukou dlužníka neztratí nic na své existenci.[65])

## § 14. Literární projevy.

Jako v právu římském byly předpisy o vlastníkově hypotece těžkým problemem teorie, jsou jimi i v právu moderním. Právo ji vytvořilo, a teorie až do dnes pokouší se o její jasnou formulaci. Každý náhled odpozoroval nějaký rys její povahy. Některé z nich byly i vodítkem zákonodárci. Byla o nich již dříve učiněna zmínka. Zde buďtež ještě vedle sebe srovnány a některé blíže vytčeny.

Někteří z teoretiků zůstali státi na romanistickém

---

[62]) Blätter für Rechtsanwendung, 1848, 321 a násl., Dr. Lotz, Ueber Hypothekbestellung in Schuldbriefen, welche auf jeden Inhaber lauten.

[63]) OZZČ, O 28, Declaratorien u. Novellen Kk. 28, Reskript ze 17. III. 1688 (Weingarten, Codex Ferdinandeo-Leopoldinus, č. 366).

[64]) Gierke, Deutsches Privatrecht II, 105, Dr. Richard Koch, Geld und Werthpapiere (Beiträge zur Erläuterung u. Beurtheilung des Entwurfes eines Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 4), 1 a násl., Dr. Ernst Jacobi, Die Werthpapiere im Bürgerlichen Recht des Deutschen Reiches (Abhandl. zum Privatrecht u. Civilprozess des Deutschen Reiches, VIII/1), 102 a násl., Dr. Karl Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig, 1908, 523 a násl., Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 151, Kohler, Encyclopädie der Rechtswissenschaft, I, 1904, 480, Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts.

[65]) Jacobi, 235, Gierke, 120, Ihering, Passive Wirkungen der Rechte (IhJ, 10, 447, 454, 455), vysvětluje to svou teorii o pasivní vázanosti pro budoucí účel.

základě. Jsou proto jejími protivníky anebo jen s výhradou ji připouštějí. Tak vidí v ní Bar[66]) výhradu otevřeného místa (Offenhaltung einer Stelle). Obecně se uznává, že lze zříditi právo zástavní za pohledávku budoucí. Vznikne-li pohledávka, má její právo zástavní pořad hned ode svého zřízení. Připouští-li se však kreditní hypoteka s věřitelem jednim, nelze nahlédnouti, proč by to nebylo možno s více věřiteli nebo vůbec s každým možným věřitelem. Zřídí-li se zástava pro budoucí pohledávku, není to nic jiného než výhrada jejího zástavního práva. Výhrada tato nepředpokládá smlouvu s věřitelem budoucí pohledávky, nýbrž jen smlouvu s věřiteli nově nastupujícími, kterou se své priority v jisté výši vzdávají. Ani podle nejpřísnější teorie římského práva nedal by se nalézti žádný důvod, proč by se nemělo uznati, že pořadu s věcnými účinky lze se vzdáti. Nebylo-li to v římském právu výslovně uznáno, lze to vysvětliti tím, že nebylo pozemkových knih a tudíž stability dnešních zapsaných hypotek. Dovoluje-li se vlastníkovi, aby na místě zaplacené nebo jinak, na př. konfusí zaniklé pohledávky novou hypoteku zřídil, zřizuje ji jen na místě staré. I cesse zaplacené nebo jinak zaniklé pohledávky je pouze zřízení nové hypoteky na starém místě. Zcizuje-li vlastník pozemek, jde jeho právo na vlastníka nového. Z vůle kupce může však na starém místě poskytnuta býti hypoteka prodavači.

Z romanistického stanoviska je proti vlastníkově hypotece Staub.[67]) Je to právnické nonsens. Je odporem sama sobě jako jus in re aliena, které vázne na vlastní věci.[68])

Někteří spisovatelé se vůbec do konstrukce vlastníkovy hypoteky ani nepouštěli. Tak Krech konstatuje pouze, že se vžila, a že prakse ví, jak má s ní nakládati. Její předpoklad, i účinek je předpisem určen přesně a jasně.[69]) Endemann ve dřívěj-

---

[66]) Archiv für civil. Pratris (ACP), 53 (1870), 362 a násl., Dr. v. Bar, Ueber den s. g. selbständigen Charakter der Hypothek (Realobligation) im neueren Hypothekenrechte mit besonderer Berücksichtigung des neuen preussischen Entwurfes.

[67]) Archiv für bürgerl. Recht (ABR), 5, 46 (1891) a násl., Dr. Hermann Staub, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte nach geltendem Recht und dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs.

[68]) Jeho votum proti osnově německého občanského zákonníka vyznívá pro systém volných míst. Viz tamže 47.

[69]) Beitr. zur Erläut. u. Beurt. des Entw. des B. G. (BEBG), 14.

ších vydáních obmezuje se pouze na reprodukci zákona. I praví, že vlastník zákonem (Kraft Gesetzesvorschrift) uznává se jako zástavní věřitel na vlastní věci. Jeho hypoteka, dotkne-li se konfuse pohledávky, stává se abstraktním obtížením (abstrakte Belastung) pozemku, měníc se v dluh pozemkový.[70])

Jiní spisovatelé zastávají náhled, že předpisy o vlastníkově hypotece jsou předpisy práva formálního, postrádající výplně práva materielního. Zákon připustil, jak pro meklemburské právo tvrdí Meibom, aby se hypoteka mohla zapsati i pro vlastníka. Akt, kterým se zástavní právo zakládá, provádí se tu jen částečně, pokud totiž spolupůsobí knihovní úřad. Zástavní právo z této příčiny tedy ještě nevznikne. Působnost zápisu je tu odsunuta až do té doby, kdy tu bude věřitele. Bude to buď vlastník sám, prodá-li nemovitost, aneb jiná osoba, které pohledávku postoupí.[71]) Pro právo saské učí Grützmann,[72]) že podle § 444 obč. zák. sas.[73]) nemůže vlastník hypoteku, která na jeho jméno je zapsána, proti zástavním věřitelům nikdy prováděti. Tato přepsaná hypoteka nepovažuje se tedy za žádné právo v klidu. Přepsání na zástavního dlužníka a postup s jeho strany jsou jen formy, které přizpůsobily se zřízení hypoteční knihy, aby v nich vlastník uprázdněným pořadovým místem mohl nakládati. Celá nauka není tedy soukromoprávní, nýbrž spadá do řízení o formě, jakou se vyhlašují nové hypoteky. Gengler[74]) má za to, že vlastníkova je pouze předběžné zaknihování (Vorläufige Verbuchung) pohledávky, která příště snad vznikne.

Pro vlastníkovu hypoteku hájila se dále nauka o uprázdněných místech. Pro dřívější pruské právo učil Hinschi-

Dr. Johannes Krech, Die Rechte an Grundstücken nach dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 137.

[70]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II/1, 7. Aufl., Berlin, 1900, 37, 456.

[71]) Deutsches Hypothekenrecht (DH, II), Dr. V. v. Meibom, Das Mecklenburgische Hypothekenrecht, Leipzig, 1871, 150—154. Viz k tomu DH, IX, P. von Kühlewein, Ergänzungsband: Das Mecklenburgische Hypothekenrecht seit dem Jahre 1871, Leipzig, 1889, 31.

[72]) Dr. Paul Grützmann, Lehrbuch des königlich sächsischen Privatrechts, I, Leipzig, 1887, 320.

[73]) Viz díl I, § 3 pozn. 18).

[74]) Dr. Heinrich Gottfried Gengler, Das deutsche Privatrecht, Erlangen und Leipzig, 1892, 260.

u s.[75]) že hypoteka vlastníkem zaplacená pomíjí. Zůstává však její skořápka, zápis, který může zase nové jádro získati, zřídí-li se nová hypoteka ve formě hypoteky staré. Zákon opravňuje vlastníka, aby pořad staré pohledávky před pohledávkami zadními poskytl za těchže podmínek pohledávce nové. Pro novější pruské právo zastává locusovou teorii také A c h i l l e s.[76]) Zápisem pozemkového dluhu na své jméno nezaloží vlastník žádného právního poměru, dá mu jen možnost, aby vznikl. Zabaví jako při obstávce pro pozemkový dluh jen místo. Právní poměr vznikne, až pozemkový dluh převede na jinou osobu. Až do tohoto okamžiku brání věřitelům později zapsaným, aby nastoupili na okupované místo. Tak i S i e g m a n n o v i pro právo saské[77]) zadává vlastník jen uvolněné zástavní místo (offen gewordene Pfandstelle).

S prázdnými místy souvisí i nauka o v ý h r a d ě p o ř a d u nebo p ř e d n o s t i. Drží se jí B ä h r.[78]) Povaze zástavního zápisu je jméno věřitele něco relativně úplně lhostejného. I úplně bezejménná hypoteka, při níž by se jméno věřitele teprve později zapsalo, byla by myslitelna. Osnova pruského knihovního zákona, kterou kritisuje, zavedla jen její surogát, zápis hypoteky na vlastníka. Nalézá-li se hypoteční list zatím v jeho ruce, nemá to významu pražádného. Teprve až jej dále dá, zřídí hypoteku. Byla-li hypoteka na jeho jméno zapsána, zatlačujíc další hypoteky nebo jiná věcná práva, pak znamená jeho hypoteka výhradu pořadí (vorbehaltener Vorzug) na výtěžku pozemku vůči osobám později zapsaným. Přednost tuto může i na jiné osoby převésti. Týž význam má i vlastníkova hypoteka, převede-li vlastník právo předchozího zástavního věřitele na sebe.

Příčina vlastníkovy hypoteky viděla se také v tom, že v ě c j e j a k s i p a s i v n ě z a v á z á n a. Nejdříve to projevil D e l-

[75]) Preuss. Anwaltszeitung, 1866, 693 a násl. dle zprávy Schollmayera (Hypothek des Eigenthümers, 21).

[76]) Alexander A c h i l l e s. Die preuss. Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht, Berlin, 1872, 45. Viz též str. 87, kde praví, že vlastníkova hypoteka formálně je hypotekou, materielně dluhem pozemkovým.

[77]) DH, IV, Dr. G. S i e g m a n n, Das sächsische Hypothekenrecht, Leipzig, 1875, 121.

[78]) Iherings Jahrbücher (IhJ), 11 (1871), 95, Otto B ä h r. Die preuss. Gesetzentwürfe über die Rechte an Grundvermögen.

brück.[79]) Třeba činiti rozdíl mezi obligací a dluhem. Obligace, pokud je poměrem mezi osobami, konfusí zaniká. Dluh však, pokud jest věcí, může potrvati. Vůle věřitelova neb dlužníkova může zachovati pohledávku, třeba by obligace zanikla. Věřiteli nebo dlužníkovi je zůstaveno, aby pohledávka jako část jmění aktivního, dluh jako část jmění pasivního v platnosti zůstaly. Než vůle tato musí v okamžiku konfuse býti tak vyslovena, aby jiným byla znatelna. Projev vůle s takovým účinkem musí se díti prostředky řádu hypotečního. Vlastník projevuje jimi veřejně, že jest jeho úmyslem, aby pohledávka jeko předmět právního obchodu nadále potrvala, zůstávajíc nevymazána. Zevně jaksi podobně, ale s jiným odůvodněním řeší věc Ihering[80]) ve své nauce o pasivních účincích práv. Věc jest k jistému účelu pro budoucí právo pasivně zavázána. Je zde již zárodek jeho, pasivní stránka. S Iheringem souhlasí i Lehmann v novém vydání Stobbova díla. Zápisem vlastníkovy hypoteky nepovstává žádná obligace. Jeho hypoteka neznamená, že jest svým vlastním věřitelem, nýbrž že chce býti dlužníkem za tu kterou sumu, přejde-li hypoteka na osobu jinou, resp. že chce býti věřitelem, převede-li se vlastnictví na někoho jiného. Jeho závazek je tedy výminečný. Z praktických důvodů se připouští, aby obsah obligace, která snad příště vznikne, již před tímto vznikem do pozemkových knih se zapsal, aby se tedy pasivní stránka již s tímto účinkem fixovala. Najde-li se pro její obsah věřitel, vzniká obligace používajíc knihovních forem, cessí na oko, vskutku však zápisem cessionáře jako prvního věřitele. Tak jako se obecně uznává, že pro nejistou ještě pohledávku může hypoteka býti zřízena (kauční hypoteka), tak je to také možno i při této nejistotě, kdy se ještě žádný určitý subjekt pro aktivní stránku obligace nenalezl.[81]) Dlužník, který si hypoteku dává postoupiti a nevymaže ji, dává tím na jevo vůli, že chce zůstati dlužníkem dále, právě tak jako když vydatel listu na majitele papír zpět

---

[79]) Berthold Delbrück, Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinen und preussischen Rechte, Berlin, 1853, 65.

[80]) JhJ. 10 (1869), 452, 492. Ihering, Passive Wirkungen der Rechte.

[81]) Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, II/2, Berlin 1897, 190.

koupí a nezničí. Pohledávka může se ovšem proti dlužníkovi teprve tehdy prováděti, když na nového věřitele přejde.[82])

Byly také náhledy, že vlastníkova hypoteka je skutečná hypoteka, ovšem samostatná, pohledávky zbavená. § 52 dodatku k pruskému LRtu, praví Bornemann[83]), uznal právo zástavní jako samostatné právo reální (selbständiges Realrecht). Vzniká zápisem, zaniká výmazem. Ačkoli je pouze právem akcessorickým, nepomíjí zánikem pohledávky, již pojišťuje, ale trvá až do svého výmazu v knize pozemkové dále. Je to nutný následek hypotečního zřízení, a zákonodárnou komisí bylo to učiněno právem. Co v knihách trvá, není hlavní pohledávka, ježto konfusí nebo jiným vyrovnáním zanikla, je to spíše akcessorické právo s vlastností pojištěné pohledávky (das durch die Beschaffenheit der versicherten Hauptverbindlichkeit näher bestimmte accessorische Recht), tudíž konkretní hypoteka, která je od svého »principale« odloučena. Skutečnou hypoteku vidí v hypotece vlastníkově pro saské a meklemburské právo také Buchka.[84]) Stanoví-li se zákonem, že vlastník pro sebe a na své jméno může zápisy prováděti a uznává-li se při tom ještě jako samozřejmé, že takové zápisy mají svou plnou působnost teprve od toho okamžiku, až pozemek na nového vlastníka přejde anebo až taková položka na někoho jiného se převede, je tím řečeno, že hypotekární právo i tehdy má povstati, zapíše-li vlastník hypoteku na své jméno, a že spojení vlastnosti věřitelské a dlužnické v jedné osobě není působnosti práva zástavního k újmě. Stejně i úplně působivé právo paralysováno bývá stranou, která mu stojí v cestě. Jakmile spojení přestane, není zde více ničeho proti plné působivosti tohoto práva, a není více potřebí, aby se ony skutečnosti opakovaly, kterými se právo hypotekární zakládá. Plnou hypotekou je vlastníkova hypoteka Rothovi.[85]) Je však v klidu, pokud nalézá se v rukou vlastníka, a teprve tím okamžikem účin-

---

[82]) L. c. 237.

[83]) Dr. W. Bornemann, Systematische Darstellung des preuss. Civilrechts, IV, Berlin, 1836, 394 a násl.

[84]) Dr. Gerhard Buchka, Die Hypothek des Eigenthümers, Wismar, Postock u. Ludwigslust, 1875, 100.

[85]) ACP, 62 (1879), 143, Dr. Paul v. Roth, Die hypothekarische Succession und die Eigenthümer-Hypothek. V pozdějším svém spise »System des deutschen Pfandrechtes«, III. Tübingen, 1886, 691, stojí Roth na teorii reální obligace.

na, jakmile se právo vlastníka a hypotekárního věřitele rozdělí. Ve votu k osnově o občanském zákonníku něm. vyslovuje se pro hypoteku také Wendt.[86]) Motivy osnovy dělají si těžkosti s akcessorní povahou hypoteky a míní, že zápis na jméno vlastníkovo nelze povoliti, poněvadž pak požadavek zástavního dluhu naprosto schází. Z toho lze viděti, kam dogma o samostatnosti hypoteky vede! Zdá se, že jméno působí tu kouzelnou mocí. Co jako hypoteka je nepřirozeno, jako dluh pozemkový je úplně nezávadné. Kdo však pro zápis hypoteky průkaz o obligaci úplně škrtne a hypoteku tím způsobem samostatnou učiní, může i vlastníkovu hypoteku beze všech výčitek svědomí připustiti. Jeť již samo sebou o to postaráno, že tato zatím ku žádnému aktivnímu oprávnění nevede a jen právo v klidu v sobě zahrnuje. I Dernburgovi[87]) je vlastníkova hypoteka skutečným právem zástavním. Konfuse tu nenastává. Hypoteka a dluh pozemkový nezanikají ve vlastnictví, poněvadž skytají práva, jež ve vlastnictví nejsou obsažena. Účinky zástavního práva jsou však, pokud nalézá se v rukou vlastníka, částečně suspendovány. Pojmem subjektivního práva chce vysvětliti právo zástavní na vlastní věci Grundmann.[88]) Každé subjektivní právo je moc chtěná (Willensmacht), tedy vztah osoby k osobě. Obligační právo směřuje proti určité osobě. Věcné právo proti každému. Pojem třeba bráti negativně. Jsou to vylučovací práva vůči osobám třetím. Bylo-li vylučovací právo vlastníkovo jinými věcnými právy obmezeno, není to nic nepřirozeného, dopustilo-li se vlastníkovi, aby nabyl ku svému takto pozměněnému právu vlastnickému samostatné právo, které jeho vylučovací práva vůči osobám třetím rozšiřuje. Moc vlastníkova, dosavad mocí zástavních věřitelů neobmezená, může jí v budoucnosti býti obmezena. Profylakticky může proto jemu pro ten případ již napřed ku jeho chtěné moci vlastníkově i jiná chtěná moc v právu zástavním na vlastní věci býti poskytnuta.

---

[86]) JhJ. 29 (1890), 105. Dr. Otto Wendt, Rechtssatz und Dogma. Glossen zum Entwurf des bürgerl. Gestzbuches.

[87]) DH, VIII, Dernburg, Das preussische Hypothekenrecht, II. Leipzig, 1891, 295.

[88]) Otto Grundmann, Das Pfandrecht an der eigenen Sache nach gemeinem und bürgerlichem Recht. Inaug.-Diss. Borna-Leipzig, 1904, 81.

Skutečným zástavním právem je vlastníkova hypoteka Hirschfeldovi.[89]) Aby mohl vlastník v dražebním řízení požadovati určité části výtěžku od některého zástavního věřitele, potřebuje k tomu sám práva zástavního. Vlastnictví nemůže mu toto právo poskytnouti. Poněvadž dluh pozemkový, kdyby byl i samojedinou pozemkovou závadou, pojmově má pořad přede všemi pozdějšími závadami, nemůže se nijak jako »zástavně zbarvená sféra vlastníkova« pojímati, nýbrž jako skutečný dluh pozemkový. Zástavní právo, pokud trvá spojeni s vlastnictvím, nalézá se ovšem v částečném klidu.

Podle Schreuera[90]) je hypoteka úlomek vlastnictví. Může ji míti také vlastník. Exekuci proti sobě ovšem vésti nemůže. Vlastník jí zamezuje vzestup pozdějších hypotek, které s větším risikem za vyšších úroků povstaly. Mimo to může ji zciziti, používaje ji ku nové pohledávce ze zápůjčky.

Při vlastníkově hypotece schází třetí jako věřitel, praví Hachenburg.[91]) Je hypotekou. Vlastník nemůže ji však vykonávati. Béře se na ni ohled, když stanoví se nejnižší podání. Výhody, které má z ní vlastník, dojde-li ke dražbě, nejsou jejím výkonem. Schází osoba, v jejíž prospěch se zavazení provádí. Ten, k jehož tíži se to děje, jest vlastník. Je zde právní objekt, ale schází právní subjekt. Vlastníkova hypoteka není tedy zvláštní modifikace hypoteky, nýbrž jest částí hypoteky, jest hypotekou neúplnou, (unvollkommene), hypotekou, která čeká na své doplnění, přistoupí-li aktivní stránka práva. Značí, že nadešel již závazek, ale nenadešlo ještě právo.

Neúplnou hypotekou (unvollkommene Hypothek) anebo neúčinný plně dluh pozemkový (nicht vollwirksame Grundschuld) vidí také Horn[92]) ve vlastníkově hypotece nebo ve vlastníkově dluhu pozemkovém. Skytá vlastníkovi proti pozdějším právům zástavním jen negativní obranu, nikoli positivní, aktivní právo lepšího předchozího práva zástavního. Aktivní právo záleželo by v tom, aby se mohlo ze zástavy žalovati a dražební

[89]) Otto Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstück. Inaug.-Diss. 1914, 39 a násl.

[90]) Dr. Hans Schreuer, Deutsches Privatrecht, Stuttgart, 1921, 24.

[91]) Dr. Hermann Hachenburg, Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Mannheim, 1900, 523, 524.

[92]) Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts, 19, Dr. Richard Horn, Die Eigentümerhypothek, Breslau, 1906, 49 a násl.

řízení provésti. Obrana práva pak jen v tom spočívá, že vlastník může hypotekou nebo dluhem pozemkovým nakládati a svým právem zástavním, i jeho převodem nástup zadních hypotek, jakož i nárok jich na výtěžkovou kvotu svého práva zástavního vylučovati. Vlastníkova hypoteka je skutečnou hypotekou a vlastníkův dluh pozemkový je skutečným dluhem pozemkovým. Jejich prvé účinky jsou však suspendovány, pokud trvá spojení vlastnictví s právem zástavním. Právo toto ve formě zástavy náleží ku jmění vlastníkovu, tvoří část jeho konkursní podstaty. Vlastník může je zastavovati a jeho věřitelé mohou je zabavovati. Může se jako řádná hypoteka nebo jako plně účinný dluh pozemkový na třetí osoby převáděti. V dražebním řízení, které někdo jiný zahajuje, pojímá se do nejnižšího podání a v rozvrhový počet dražebního výtěžku. Jeho pořad může zadní hypotece nebo zadnímu dluhu pozemkovému býti postoupen. Právo s těmito účinky nemůže býti pokládáno za nějakou tabulární formu anebo pouhý právní zárodek. Nelze proto říci, že se vlastnictví jisté oprávnění propůjčuje, které mu jinak nepřísluší, nýbrž že právo zástavní se svým negativním oprávněním trvá.

Někteří badatelé skonstruovali pro vlastníkovu hypotéku právo nové, různě je nazývajíce. Pojem takto skonstruovaný kryl se pak i s novým ústavem, který zákonodárství pruské zavedlo, s dluhem pozemkovým. Koch dovozuje pro starší pruské právo, že zástavní dluh je původně dluhem korreálním. Podle právního názoru, na němž je založen pruský LR, považuje zastavený pozemek jako při reálních břemenech za subjekt dluhu, který se v této vlastnosti dočasným držitelem pouze representuje. Převede-li držitel, jsa osobním dlužníkem pohledávku na sebe, musí osobní závazek konfusí zaniknouti. Subjektivně věcná obligace (subjectivdingliche Obligation), dluh pozemku, zůstává stejně tak nedotčen jako závazek nějakého jiného korreálního slibce. Tak jako ten z více korreálních dlužníků, jenž se stane dědicem věřitele, může proti druhým spoludlužníkům pohledávku prováděti a tedy také postupovati, stejně tak může zástavní dlužník pohledávku, která na něho přešla, dále postoupiti, ačkoli jeho osoba konfusí z obligačního svazku na dobro a neodvolatelně vyšla.[93]) Tento dluh pozemku označuje Koch také

[93]) Dr. C. F. Koch, Recht der Forderungen nach gemeinem und preussischem Rechte, II, Berlin, 1859, 795 a násl.

jako reální spoluddluh (Realmitschuld)[94]) anebo také věcnou pohledávku (dingliches Forderungsrecht).[95]) Co vlastník nabývá nebo zřizuje, není tedy žádné místo nebo locus, poněvadž pojem tento neznačí nic právnického, nýbrž jen cos prostorového v pozemkové knize. Je to pohledávka s příslušnou k ní hypotekou.[96]) Také Achilles, ač, jak výše uvedeno, pro vlastníkovou hypoteku locusovou teorii hájí, vyjadřuje se pro novější pruské právo podobně. Dle pruského zákona z r. 1872 zaniká povždy osobní nárok, uspokojí-li se hypotekární věřitel anebo spojí-li se právo věřitele a povinnost osobního dlužníka v jedné osobě. Jen právo reální trvá dále. Vlastníkova hypoteka podržuje tedy jen formálně vlastnost hypoteky, materielně je totožna s dluhem pozemkovým.[97]) Při konstrukci vlastníkovy hypoteky rozhoduje se pro dluh pozemkový Eccius. Vlastníkova hypoteka odpovídá jeho povaze, zůstane-li při ní přes zánik osobního závazku samostatné obtížení pozemku s peněžní povinností platební.[98]) Bernhöft označuje již vlastníkovou hypoteku jako knihovní pohledávku vlastníkovu. Výraz »vlastníkova hypoteka« neodpovídá systemu německého obč. zákonníka. Vlastníkova hypoteka ani vlastníkovi náležeti nemůže, poněvadž se v jeho rukou mění v dluh pozemkový. Vlastník má větší zájem na dluhu s pozemkem než na hypotece. Pozemkový dluh dává mu práva, aby si určitou sumu z dražebního výtěžku před zadními věřiteli vybral. Hypoteka má však sloužiti ku jistotě pohledávky, a poněvadž věřitel nemůže míti pohledávku proti sobě samému, může míti hypoteka pro něho jen potud význam, pokud mu skytá jistotu pro pohledávku, kterou má proti někomu.[99]) Pro pohledávku na pozemku jako dluh pozemkový váznoucí měla teorie také název »reální obligace.[100]) Pů-

---

94) Dr. C. F. Koch, Lehrbuch des preuss. gemeinen Privatrechts, I, Berlin, 1857, 621

95) Dr. C. F. Koch, Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, I, 2, Berlin, 1862, 518/2.

96) Dr. C. F. Koch, Lehrbuch, 621.

97) Achilles, l. c., 87.

98) Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, III, Berlin, 1892, 607.

99) Birkmeyer, Encyclopädie der Rechtwissenschaft, 1904, Bernhöfl, Das bürgerl. Recht, 535.

100) Otto Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, II, Berlin, 1883 336.

vodce osnovy pruského zákona z r. 1872 Förster[101]) neměl toto pojmenování za správné. Věc má při něm přejímati roli osoby. To nelze si však jinak mysliti než obrazně nebo v podobenství, ježto věc nemůže býti osobou a ježto osobní závazek vždy nějakou vůli předpokládá. V takových pojmových videch ztěžuje se positivní právo fikcemi, které jsou vždy jen symptomem toho, že pro praktickou potřebu správná teoretická formulace se ještě nenalezla, a jsouce nepravdivy, vedou jen ku nejasné představě. Förster navrhl proto výraz »věcné obtížení« (dingliche Belastung), jehož užilo meklemburské právo. Vzniká a trvá na rozdíl od dřívější hypoteky, na pohledávce závislé, samostatně bez pohledávky. I možno je jako příbuzný ústav postaviti vedle reálních břemen a vyhynulých již koupí rentových.

Poněvadž běžný pojem hypoteky předpokládá její odvislost ode dluhu, vypouští se toto jméno. Gerber[102] mluví o čistě věcném právě na vlastní věci. Oprávnění, které zástavní právo vlastníkovi skytá, není obsaženo v jeho právu vlastnickém. Stejný poměr je při právu horním. Vlastník nemá ze svého vlastnictví právo na hory. Může si však ještě ku svému právu vlastnickému právo horní, tedy právo na vlastním pozemku dáti uděliti. Stejně jako zástavní právo nějakého věřitele cílí i horní právo k tomu, aby se z pozemku nějaký kapitál dosáhl. Vlastník nemůže sice dražbu navrhovati, ale učiní-li tak jiný věřitel, má jeho právo zástavní totéž postavení jako každé jiné právo zástavní.

Také Kohlerovi je dluh pozemkový a vlastníkův dluh pozemkový čistě věcné právo na hodnotu (blankes dingliches Wertrecht)[103]) Právo na hodnotu postihuje věc, aby z ní jistou hodnotu získalo. Jeho pravzor je právo zástavní. Od něho třeba lišiti právo na podstatu (Substanzrecht), které postihuje věc v její všeobecnosti nebo její nekonečnosti, pokud může panství jednotlivce býti podrobena. Jeho pravzor je vlastnictví.[104]) Kdo je oprávněn k podstatě, může nabýti práva na

---

[101]) Franz Förster, Preussisches Grundbuchrecht, Berlin, 1872, 129. —

[102]) Gerber, System des deutschen Privatrechts, neubearbeitet von Konrad Cosack, Jena, 1895, 274 a násl.

[103]) Kohler, Encyclopädie der Rechtswissenschaft, Leipzig-Berlin, 1903, 616, J. Kohler, Bürgerliches Recht.

[104]) ACP, 91 (1901), 155 a násl., J. Kohler, Substanzrecht und Wertrecht.

hodnotu, a obojí právo jde pak vedle sebe, každé svou vlastní cestou. Tato právní dvojakost má své důsledky. Vlastník jako držitel pozemkového dluhu vstupuje v konkurenci s držiteli ostatních pozemkových dluhů. Je jimi jako vlastník přetěžován a přemáhán. Může míti proto první dluh pozemkový a jím jiné pozemkové dluhy srážeti. Může míti dluh pozemkový v stejném postavení s druhými a tyto obmezovati. Může svým dluhem pozemkovým dle pravidel dluhů pozemkových nakládati.[105]) Stejně může býti dlužník z papíru na majitele jeho vlastníkem a tudíž sám sobě věřitelem. Je-li dluh pozemkový na některé věci, nezáleží na tom, v koho vlastnictví se nalézá. I může býti dluh pozemkový na věci, která nikomu nepatří, jako na věci, která patří vlastníkovi.[106])

Největšího rozšíření získaly si teorie, které vidí základ vlastníkovy hypoteky ve vlastnictví.

První z jejich zastanců je H a g e n.[107]) Předmětem hypoteky není pozemek, nýbrž takový díl jeho hodnoty, který věřitel ku svému uspokojení potřebuje. Jen tento dílec hodnoty dá se s pohledávkou měřiti. Hodnota tvoří právnický předmět zástavního práva. Zasahuje-li se na věc jinak, děje se to jen proto, aby se hodnota její pro pojištění udržela. Přednější zástavou je část hodnoty odňata. Zadnímu věřiteli zastaven je ze zbytku hodnoty další díl, tedy zcela jiný než prvnímu. Odpadne-li první věřitel, nepůsobí to v právu zadního věřitele žádné změny. Právo na eventuelní pozdější rozšíření se mu neposkytlo. Když bylo jeho právo zřízeno, byl jeho předmět určen. Tento předmět se nezvětšil, odpadlo-li to, co jej omezovalo. Díl ceny, který se odpadnutím věřitele uvolní, připadá ku disposici vlastníkově. Fikcí zákona stalo se uvolněné právo vlastníkovo právem hypotečním. Akt, kterým se nová hypoteka vytvořuje, je cesse starého hypotečního práva, které se až do výmazu zachovává. Podle teorie pruského práva je hypoteka akcessorické právo. Pruské zákony nevytvořily žádného skutečného zástavního práva vlastníkova. Chtějí chrániti jen právo vlastníkovo, které nese jméno hypoteky.

---

[105]) ACP, 91, 167.

[106]) K o h l e r, Encyclopädie, 616.

[107]) Albert Friedrich von der H a g e n, Die Hypothek des Eigentümers, Arnsberg, 1836, 28, 31, 35, 42, 283, 284.

Jen toto nové samostatné právo vytvořily. A právo toto nemá ještě samostatného jména. Ale najde si ho. Kdyby se měla klásti otázka, k jaké formě zástavní právo spěje, byl by to papír na majitele. Hagenův náhled přijal Göppert.[108]) Zavazení pozemku hypotekami jeví se jako sukcessivní parcelace pozemkové hodnoty. Každý z hypotekářů může díl hodnoty dle jeho řádového postupu jako předmět svého práva považovati. Právě na tento dílec béře se zpravidla zřetel, když kapitál se ukládá. Vstupuje-li na uvolněnou položku zadní věřitel, nabude místo dílce který mu byl dosavad podroben, jiný s větší jistotou, na nějž při vkládání kapitálu vůbec nemyslil a o němž vůbec ani žádné smlouvy neučinil. Dostane se mu tedy nepředvídaného zisku, k němuž jej právní jednání o jeho právu zástavním vůbec neopravňuje. Neleží v tom tedy žádné porušení práva, neposkytne-li mu zákon této výhody jen tak zhola, nýbrž učiní-li to závislým na vůli vlastníka, zda mu toto lucrum nechá anebo díl hodnoty, o nějž jde, jinak zcizí, na místo staré položky novou položku buď ihned nebo později umístí. Vyhražená disposice nad místem má touž povahu jako právo vlastníka za uvolněné již položky zapisovati nové.

Bremer odvozuje povahu vlastníkovy hypoteky ze své vlastnické teorie. Věc je podrobena vlastníkovi buď svým užitkem nebo svou hodnotou.[109]) Právo vlastníkovo na užití věci nebo na její zpeněžení je neobmezené. Může mu však býti obmezeno. Právo na užití služebností, právo na zpeněžení právem zástavním. Tato práva mohou právu vlastníkovu předcházeti nebo míti pořad až teprve za ním. Právo vlastníkovo, které se jako jeho hypoteka označuje, není tedy nějakým právem formálním. Má-li však materielní obsah, není žádným právem samostatným, nýbrž jen právem, které plyne ze samého práva vlastnického. Tak zvaná hypoteka vlastníkova je pouze právo vlastnické, které je právem zástavním obmezeno. Význam poměru toho pak jest, že právo vlastnické směřuje nikoli na první, nýbrž teprve na pozdější kvotu hodnoty. Je účelno, aby právo vlastníkovo na díl hodnoty mělo své zvláštní pojmenování. Bremrovi

---

108) Preuss. Anwaltszeitung, 1864, 279 (citováno podle Schollmeyera, 31. Viz pozn. 111).

109) Dr. F. P. Bremer, Hypothek und Grundschuld, Göttingen, 1869, 23 a násl.

zdá se nejsprávnější výraz »právo na přednost vlastníkovu« (Vorrecht des Eigentümers).[110])

Schollmeyer[111]) stojí na teorii o dělitelnosti hodnoty. Každému věřiteli je zavazena věc hodnotou, která odpovídá místu v řadě a zapsanému obnosu pohledávky. Zadní věřitel nemá žádného práva na postup. Díl, který mu předchází, se uvolňuje a vlastník může buď novou hypoteku na něm zříditi anebo při dražbě pro sebe odpočísti. V každém jiném směru zůstává vlastnictví svobodno. Vlastník má hodnotu užitkovou. Může věc zcizovati. Jen hodnota věci je zástavním věřitelům zavazena. Hypoteka vlastníkova jeví se tedy býti výhradou svobody vlastnictví vůči zástavním věřitelům. Touto konstrukcí lze se vyhnouti protismyslným větám, že pohledávka zaplacením nezaniká, že vlastník má ještě nějaké zvláštní věcné právo na své vlastní věci.

Pro právo bavorské dle § 84 hyp. řádu ze dne 1. června 1822[112]) hájí Regelsberger[113]) vlastnickou teorii. Právo vlastníkovo plyne z jeho práva vlastnického a přechází při zcizování na nového nabyvatele. Právo toto má povahu formálního práva dispozičního. Oprávnění na hodnotu věci neskytá. Právo toto nespočívá na žádné hypotece vlastníkově na jeho vlastní věci. Bavorské právo nedává vlastníkovi žádného oprávnění, které by v zástavním právu leželo. Není to cesse starého práva zástavního. Pohledávka nového věřitele je základem obnoveného práva zástavního. Hospodářský účel obnovy zástavního práva může ovšem i cessí býti dosažen.

Ve vlastníkově hypotece, jak ji formuluje Richard Goldschmidt, vylučuje vlastník ve formě hypotek přidělený díl ze zavazení. Díl tento nepodléhá výminečnému zcizení, za jaké považuje Goldschmidt zřízení práva zástavního.[114]) Kühnast

---

[110]) L. c. 51 a násl.

[111]) Friedrich Schollmeyer, Die Hypothek des Eigenthümers nach dem Gesetz über der Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung von Grundstücken u. s. w. vom 5. Mai 1872, Inaug.-Diss.-Halle a. S., 1874, 39 a násl.

[112]) Viz díl I., § 3, pozn. 19).

[113]) DH, III, Dr. Ferdinand Regelsberger, Das bayerische Hypothekenrecht. Leipzig, 1874, 283 a násl.

[114]) Richard Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigenthümers, Berlin, 1877, 28 a násl.

operuje s národohospodářskými pojmy. Vychází z důchodu pozemkového vlastníka, který mu skýtá pozemkovou rentu (Grundrente). Reální břemena a hypoteky ji vážou. Zapíše-li si vlastník pro sebe dluh pozemkový, odnímá úrokem jeho hodnoty část pozemkové renty. V každém dluhu pozemkovém manifestuje vlastník pouze své právo vlastnické, vytvořuje pro své právo na pozemkovou rentu zvláštní specificky právnické zařízeni (Apparat). Netvoří tedy žádného práva na vlastní věci, které by leželo mimo jeho vlastnické právo, nýbrž vyjadřuje jen právnicky samostatný hospodářský obsah vlastnictví uzavřenou jeho součástí. Tímto sestrojením (Verkehrsmaschinerie) vzniká i pozemkový dluh vlastníka teprve jeho zapsáním.[115])

V dobrozdání ku 20. německému právnickému sjezdu označuje Levy vlastníkovu hypoteku jako dílec obchodní hodnoty (Verkehrswert) pozemku, který z něho byl vyloučen a který má vlastník ve své držbě a ku své disposici. Ve vlastníkově hypotece mobilisuje zákon částečně pozemkové vlastnictví, pokud toto se považuje jako předmět obchodu a jako takové jemu slouží. Pozemek, který do úhrnné výše své hodnoty je obtížen vlastníkovými hypotekami (pozemkovými dluhy), je tedy jaksi, pokud má obchodu sloužiti, v mobilní hodnotové dílce rozdělen.[116])

Stelling zakládá svou teorii na pruské knihovní položce. Vzniká zápisem a zjednává vlastníkovi vlastnictví ku položce.[117]) Položka zahrnuje v sobě právo věc zciziti.[118]) Vlastník odděluje právo toto od svého vlastnictví. Povstává dvojí právo, z nichž každé má za obsah nakládati vlastnictvím a jiné z práva toho vyloučiti. Položkové právo platí pro případ, který obsah položky určuje, vlastnictví pro případ, který zbývá po položce.[119]) Vlastnictví k položce (Posteigentum) dá se srovnati s vlastnictvím ku směnce.[120]) Vlastnictví ku položce má širší ob-

---

[115]) L. Kühnast, Untersuchung des Grundschuldbegriffs. Berlin, 1878, 55 a násl.

[116]) Verh. d. 20. Juristentages, Berlin, 1889, III, 272, Gutachten Levy.

[117]) Amtsgerichtsrath Stelling, Ueber die preussische Post (hypothekarische Post, Grundschuldpost), Leipzig, 1893, 17.

[118]) L. c., 18.

[119]) L. c., 34 a násl.

[120]) L. c., 39.

sah než cizí právo, které se hypotekou nebo dluhem pozemkovým zřídí k položce. Vlastník nakládá tu jen dílem svého zapsaného zcizovacího práva. Pro něho zůstává zejména právo na výmaz položky. Lze tedy říci, že buď díl pozemkového vlastnictví pustil anebo že si díl jeho pro sebe vyhražuje.[121]) Při zániku cizího práva konfusí rozleje se obsah cizího práva, pozemkového dluhu nebo hypoteky do položkového vlastnictví, z kterého práva tato vyšla. Kdo tedy zapisuje položku na své jméno nebo na jmeno někoho jiného, zřizuje tím základ, na němž držitel cizího práva pozemkového dluhu nebo hypoteky anebo celá řaďa takových držitelů může vystupovati, roli hráti a jí se vzdávati. Položka jako základ je takto schopna, aby tímto způsobem často dle vůle a chuti mohla býti použita.[122]) Vlastníkův dluh pozemkový a vlastníkova hypoteka jsou tedy položkou vlastnictví zapsaného vlastníka nebo jeho dědiců, z něhož cizí práva, dluh pozemkový nebo hypoteka nebyly postoupeny anebo vyhraženy. Jméno vlastníkův dluh a vlastníkova hypoteka nejsou tedy přiléhavé Hypoteka je přece cizí právo a také dluh je právo jiného, nikoli zapsaného vlastníka. Jména tato nemohou ovšem pravou povahu těchto práv přeměniti.[123]) Pro nový občanský zákonník německý navrhuje autor, aby se připustila položka beze jména.[124])

Schwind nevidí ve vlastníkově hypotece ani dluh, ani zavazení, nýbrž pouze disposiční výhradu na určitou hodnotovou kvotu. Nebude se moci popříti, že vlastníkovu dluhu pozemkovému ony živly scházejí, které jako podstatné znaky při dluhu pozemkovém se vyskytují.[125]) Důvodem vlastníkova dluhu pozemkového jest úmysl, aby hodnotové kvoty, když věcné zavazení odpadne, spadly ku prospěchu vlastníka, ne zadního věřitele.[126])

Oberneckovi[127]) je vlastníkova hypoteka právní fikce, ale žádná hypoteka. Zástavnímu věřiteli přikazují se při zasta-

[121]) L. c., 29, 43.

[122]) L. c., 49.

[123]) L. c., 53 a násl.

[124]) L. c., 88.

[125]) Dr. Ernst Freih. v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes, Jena, 1899, 146.

[126]) L. c., 144, 145.

[127]) Gruchot Beiträge, 47, 306 a násl. Dr. Oberneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis.

vení určité kvoty hodnoty. Při vlastníkově hypotece spadají tyto kvoty zpět na vlastníka. Vlastníkova hypoteka plyne tedy jenom z vlastnictví. Při vlastníkově hypotece praví Puntschart,[128]) vylučuje se pro vlastníka pozemku dílec jeho hodnoty, který zápisem do pozemkové knihy dostává právní určení, aby jako předmět zástavy pro případný dluh sloužil. Dílcem tímto může vlastník tím způsobem nakládati, že dluh založí a věřiteli zástavní předmět zastaví. Neučiní-li žádné disposice, trvá tento vyloučený dílec hodnoty jako zvláštní díl jeho jmění a vlastník může jej také z dražebního výtěžku žádati. Nezaložilť žádného dluhu a nezastavil svého hodnotového dílce žádnému věřiteli. Toto pojímání platí mutatis mutandis také pro vlastníkův dluh pozemkový. Jako vlastníkova hypoteka není ještě žádná skutečná hypoteka a také žádný dluh pozemkový, tak také není vlastníkův dluh pozemkový ještě žádný dluh pozemkový. Pádný důkaz nalézá se v předpisu § 1197 n. z. o., dle něhož vlastník jako věřitel nemůže dražební řízení za účelem svého uspokojení prováděti. Tím je právě to vyloučeno, co je podstatou dluhu pozemkového, jak jej zákon určuje z myšlenky exekučního výkonu, jejímž výrazem je »placení z pozemku« (Zahlen aus dem Grundstücke). Ústav vlastníkova dluhu pozemkového má své kořeny v praktických záměrech, které s dluhem pozemkovým pro vlastníka jako oprávněného nic co činiti nemají. Vlastníkův dluh pozemkový není přípravné právní jednání pro dluh pozemkový. Vlastníkova hypoteka a vlastníkův dluh pozemkový nejsou nic než zavazení pozemku za eventuelní dluh.

Dr. Julian Goldschmidt označuje vlastníkovu položku jako technickosprávní zařízení (verwaltungstechnischer Apparat), kterým může vlastník dle své potřeby ten neb onen účinek docíliti. Opětovně nabytá disposiční moc vlastníkova nad hypotekou není svým základem nic jiného než zánikem věřitelského práva zase nabyté právo vlastníkovo, aby dotyčný podíl na dražebním výtěžku zase někomu jinému poukázal.[129]) Označení »hypoteka vlastníkova« spisovatel odmítá. Je to »kvadratura kruhu«. hypoteka, která není hypotekou. Zápisem povstává jen »schrán-

[128]) Dr. Paul Puntschart, Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechtes in Gesetz und Literatur. Graz, 1906, 63 a násl.

[129]) ABR, 20, Dr. Julian Goldschmidt, Noch einmal die Eigentümerhypothek, 26.

ka« (Hülle). Věcí vlastníkovou je, aby jí dal určitý právní obsah, zřídě dluhem a zavazením poměr osobní a věcný mezi sebou a někým jiným. Pokud tohoto obsahu ještě není, záleží funkce tohoto aparátu pouze v patrnosti na venek. Jeho obsah není však žádné právnické »vacuum«, nýbrž je vyplněn právně, z vlastnictví plynoucí podstatou.[130])

Bruck odůvodňuje vlastnickou teorii takto: Vlastník, který svůj pozemek zavazuje, osamostatňuje pomocí forem, jaké mu skytá pozemková kniha, jednotlivá práva. Vylučuje ze svého mocenského panství nějaké oprávnění. Jeho vlastnictví jest jimi, pokud náležejí někomu jinému, zkráceno, stenčeno, obmezeno. Jakmile je však zase zpět obdrží, zceleno. Proto je také podle obč. zákona úplně lhostejno, zda služebnost pozemková nebo nějaké jiné věcné právo vlastníku pozemku připadne nebo v jaké formě se hypoteka vyskytuje. Každé zřízení hypoteky zavírá v sobě případné zřízení dluhu pozemkového. Vlastníkova hypoteka není tedy v podstatě nic jiného než vlastnictví, jež závady bylo sproštěno. Lze to zřejmě seznati z toho, představíme-li si, že na pozemku nalézá se jen jediná hypoteka, která stane se hypotekou vlastníkovou. Postavení vlastníkovo se nijak nemění, nechá-li ji státi nebo ji vymaže. Zůstane-li státi, jest obmezeným vlastníkem a nespojuje v sobě žádné role vlastníka, hypotekárního věřitele a dlužníka. Zda je závada spojena s vlastnictvím prvopočátečně nebo teprve potomně, je pro konstrukci práva na vlastní věci lhostejno. Vlastník vylučuje ze své vlastnické moci, používaje aparátu pozemkových knih, jistou hodnotu, která v jeho rukou má jen formální existenci, asi jako směnečný formulář, který podepsán v mých rukou se nalézá. Něm. obč. zákonník přimkl se tu k německoprávnímu pojmu zavazení pozemku s ideelními dílci hodnoty (ideelle Wertsteile). Vyprostí-li se pozemek odpadnutím hypoteky nebo dluhu pozemkového ze svého zavazení, zdvihne se vlastnictví svou vlastní pružností do toho objemu, z jakého bylo zavazením stlačeno, až k vlastnictví neobmezenému. Ze zavazení stane se vyvazení. Pak zde není právo nikoho jiného na tomto uvolněném dílci pozemku než vlastníka. Jemu přísluší nad ním v hranicích pozdějších hypotek moc dispoisční. Formálně zachovaná hypoteka (dluh pozemkový) pomáhá mu, aby vykonal

---

[130]) L. c. 30.

práva, která příslušejí mu jako vlastníkovi. Stane-li se jediná hypoteka hypotekou vlastníkovou, není zde rozdílu. V obou případech získává se vlastníkovou hypotekou zase neobmezeného vlastnictví. Dostávají se zpět ideelní dílce hodnoty, o něž vlastnictví bylo zmenšeno. Obnos, který vlastníkovi při dražbě připadá, je tedy jen na peníze přeměněný dílec pozemkového vlastnictví.[131]) Bruck, hláše se k nauce o dluhu a ručení (Schuld und Haftung), vidí v zástavním právu ručení věci (Sachhaftung), ať již je to dluh pozemkový nebo hypoteka. Oba jsou zástavními právy. Jsou tedy i vlastníkova hypoteka i vlastníkův dluh pozemkový právy zástavními. U obou je ručení věci, ale jen pro budoucí dluh.[132]) Bruck dospívá takto ku pojmu počátečného a nápotomního dluhu pozemkového. Při prvním formalisuje se ideelní dílec hodnoty pro ručení za případný dluh. Při druhém nabývá se zpět ideelní dílec hodnoty, který za dluh již ručil.[133])

Gierke[134]) mluví o vlastníkově zástavním právu pozemkovém (Eigentümergrundpfandrecht). Rozeznává při něm subjektivní a objektivní stránku. Po subjektivní stránce nemá zástavní právo na vlastní věci žádné samostatnosti vůči vlastnictví. Neskytá vlastníkovi žádného panství nad věcí, které by nebylo již ve vlastnictví obsaženo. Vlastník nemůže oprávnění, které obmezené věcné právo proti němu zakládá, míti sám proti sobě. Vůči cizím nedostává se mu žádné věcné právní moci, které by již neměl jako vlastník. Hledíc ku subjektivnímu právnímu poměru, nepraví vlastníkovo pozemkové právo zástavní, že je zde nějaké obmezení vlastnictví, nýbrž že takového obmezení tu vůbec není. Objektivně objevuje se tu však zvláštní od vlastnictví oddělené právo na pozemku. Obsahově je pozemkovému právu zástavnímu podobno. Je z vlastnictví vyňato a jako samostatný majetkový předmět ustaveno. Knihovním zřízením je tento právní ústav vůči každému patrným učiněn a věcnou silou nadán. Vlastník má takto oddělený díl svého pozemkového majetku v podobě zástavy. Může tímto dílem nakládati, jako se

[131]) Abhandlung zum Privatrecht u. Civilprocess (APC), X, Ernst Bruck, Die Eigentümerhypothek, Jena, 1903, 133 a násl.

[132]) L. c., 152.

[133]) L. c., 154.

[134]) Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, II, Leipzig 1905, 922 a násl.

právo zástavní převádí. Nakládá-li však pozemkovým vlastnictvím, nevztahuje se to na tento dílec. Jemu přísluší, dojde-li ku dražbě pozemku, díl hodnoty, který jeho zástavním právem byl vyloučen. Věcného dluhu vlastníka proti sobě samému však tu není. Je zde však objektivní poměr, dle něhož pozemek jako nositel dluhu je obtížen a vyloučený dílec jako nositel práva, které dluhu odpovídá, nadán. Jako v papíru na majitele, jenž do ruky dlužníka se dostane, dluh je stělesněn, tak i zde objektivní dlužní poměr stává se knihovním předmětem, jehož subjektivní dlužní poměr ještě je v klidu. Vlastníkovo pozemkové zástavní právo může takovýmto způsobem všechny ty, ale jenom ty účinky pozemkového práva zástavního prováděti, které subjektivního právního poměru nepředpokládají, a jest beze všeho dalšího způsobilé, aby se rozvinulo ku plně působivému pozemkovému právu zástavnímu, jakmile se subjekty rozdvojí.

Z různých teorií o vlastníkově hypotece uspokojuje názor Gierkův i Simeona.[135]) Vlastníkova hypoteka nepřináleží vlastníkovi jako věřiteli, nýbrž právě jako vlastníkovi. V novém vydání své učebnice prohlašuje se pro vlastnickou teorii také Endemann.[136]) Hypoteka vlastníkova není ani žádnou hypotekou, ani dluhem pozemkovým, nýbrž je to právo vlastnické zvláště sformovaného tvaru. Jeví se jako právo, vylučující hypotekáře, již za otevřeným místem pořadem následují. Obsahem nejde tu tedy o obtížení. Vlastnictví jako neobmezená právní moc nemůže v některém vztahu býti se svým obsahem jako obmezené právo. Obmezeným jeví se býti spíše v tom smyslu, že mu zvenčí věcnými právy osob třetích jisté meze jsou vytčeny. Právní ochrany může však dojíti tím způsobem, že 1. vezme na sebe podobu práva, které má stejnou hodnotu jako pozemkové právo zástavní, neboť jen takovým způsobem je pak s to, aby proti platným hypotekám své účinky jevilo a aby se také na dražebním výtěžku uplatňovalo, a že 2. toto právo vlastnické po způsobu obmezených práv věcných určitý pořad zaujme, ačkoli právo vlastnické samo je bezpořadné a obmezenými právy osob třetích jinak samo ztlačováno bývá. Význam vlastníkova dluhu pozem-

---

135) Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, I. Dr. P. Simeon, Lehrbuch das bürgerlichen Rechtes, II, Berlin, 1909, 716.

136) Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Gesetzbuches, 8. a 9. vyd. II, Berlin, 1905, 738.

kového záleží dle všeho v tom, že část obsahu práva vlastnického, právo totiž na dražební výtěžek, určené obsahově i pořadově, jako samostatný předmět majetkový se vyloučí. Tento zobjektisovaný kus práva vlastnického vystupuje v knihovní podobě pozemkového práva zástavního.

Z práva vlastnického vychází také Hirsch,[137]) vytýkaje povahu vlastníkovy hypoteky, ale dává jí obsah podle jejích účinků. Ode dávna uznává se jako právní pravidlo, kterého ani žádný zákonodárce vynalézti nepotřeboval, že provedením vnucené dražby nastupuje na místě věci dražební výtěžek. Tento surrogační princip přijalo moderní právo pro všechny druhy nuceného zcizení. Vlastník, zřizuje hypoteku, převádí na hypotekárního věřitele právo na dražební výtěžek dílcem, který při tom určuje. Hirsch zove je právem surrogačním (Surrogationsbefugnis). Vlastníkova hypoteka není proto ani dluh pozemkový ani hypoteka, nýbrž jen surrogační právo vlastníkovo na určitý dílec a pořad, projevený v knize pozemkové.

Vlastnictví, praví Kindel, sestává z množství práv, která osoba nad nějakou věcí míti může. Vlastník, který zřizuje služebnost, postupuje obmezené právo užívací, ponechávaje si užívání sám, pokud to nabývateli není na škodu. Vlastník, který hypoteku zřizuje, vylučuje ze svého vlastnictví obmezené právo prodeje, ponechávaje si své právo prodeje, pokud není hypotekárnímu věřiteli na škodu. Tato práva zaujmou jisté formy, které při svém návratu zase odloží. Forma, která je činí zjevnými, je zápis. Jím brání se nástupu věřitelů zadních. To může býti i u neplatné hypoteky. Hypoteka vlastníkova je úhrn oprávnění, která vrátila se do vlastnictví z propuštěné, ale nevymazané hypoteky, nebo která ze zapsané, ale neplatné hypoteky u vlastníka zůstala a jemu proti zadním věřitelům se zachovala. Je to právo vlastníkovo a všechno jiné než hypoteka. Hypotekou stává se teprve postupem nebo výhradou, postoupí-li se vlastnictví.[138])

Při recensi spisu Hornova přihlašuje se také Hedemann k vlastnické teorii. Hypotekou vstupuje do obchodu samostatná

---

[137]) ABR, 25 (1905), 224 a násl. Dr. Hans Hirsch. Die vorläufige Eigentümerhypothek.

[138]) Festgabe der jurist. Gesellschaft zu Berlin zum 50jähr. Dienstjubiläum von Richard Koch, 1907. Wilhelm Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek, 77 a násl.

hodnota, která trvá i tehdy, když se do jmění vlastníkova pojme.[139]) Rabovi je vlastníkova hypoteka vlastnické oprávnění, které se stalo samostatným, takže buď od počátku anebo po nápadu vedle vlastnictví může pro vlastníka potrvati.[140]) Wolffovi je právo vlastnické nikoli úhrnem, nýbrž pramenem obmezených práv věcných. Obsah jich dá se positivně vytknouti. Obmezené právo lze označiti jako osamostatněný dílčí obsah vlastnictví. Neobsahuje ničeho než to, co se již v neobtíženém vlastnictví nalézalo. Konkurencí obmezených práv mezi sebou a s vlastnictvím povstane pořadový poměr mezi nimi. Přední pořad obmezeného práva neplyne z vlastnictví, ježto toto samo nemá žádného pořadu a teprve mnohost práv způsobuje jejich pořad. Aby však vlastnictví také nějaký pořad mělo, může vlastník jeho dílčí obsah osamostatniti a ve svých rukou podržeti. Oprávnění, jež obmezené právo na vlastní věci skytá, bylo již v neobtíženém vlastnictví obsaženo, ale osamostatněno dává kusu vlastnictví, hledíc ku jeho zbytku nebo ostatním jeho tříštím (závadám), přednost, kterou by bez tohoto osamostatnění nemělo. Jako obmezené právo vlastníkovo neliší se od jiných obmezených práv, která na věci mají osoby jiné.[141]) I vlastníkův dluh pozemkový je tedy jako každé jiné obmezené věcné právo tříští vlastnictví (Eigentumssplitter).[142]) Obsah jeho je právo na zpeněžení jako při každém jiném dluhu pozemkovém. Při dražebním řízení provede se tak, jako by patřilo ne vlastníkovi, nýbrž někomu třetímu. Vlastník nemůže sice dražbu provésti, ale tím není práv jeho na zpeněžení popřeno, jen na jisté předpoklady připiato. Podobně konstatuje věc du Chesne.[143]) Založí-li se na pozemku právo na hodnotu, myslí se na jeho hodnotu směnnou. Při dluhu pozemkovém myslí se tedy na peněžní jednotky

---

[139]) ABR. 31 (1908), 406. J. W. Hedemann, Zivilistische Rundschau 1906—1907.

[140]) Heinz Rabe, Die rechtliche Natur der Grundschuld im Lichte der Schuld- und Haftungstheorie. Inaug.-Dis. Halle a. S., 1912, 82.

[141]) Dr. Martin Wolf, Lehrbuch des burgerlichen Rechts. II 1, Marburg 1913, 148, 527 a násl. Viz töž IV. vyd. 192, 514

[142]) Slovo toto pochází od Gierkeho. Deutsches Privatrecht. II. 359.

[143]) Zeitschrift des deutschen Notarvereines. 7, du Chesne Der Gegenstand des Wertbezugsrechtes.

z výtěžku pozemku. Při hodnotě pozemku musí se tedy mysliti na množství hodnotových jednotek (Werteinheiten). Právnicky mohou se tyto jednotky považovati za movité věci. Zápis hypoteky nebo pozemkového dluhu vyjadřuje tyto jednotky. Zápis je schránka práva na hodnotu. Je to forma u obsahu. Na podstatě práva na hodnotu nic se nezmění, není-li zde pohledávky, pro kterou povstalo, je-li zde vlastníkova hypoteka. Tato liší se od nezavazeného vlastnictví tím, že směnná hodnota je při ní rozložena na hodnotové jednotky, od dluhu pozemkového tím, že při něm spojení s nevlastníkem chybí. Je tedy vlastnictvím, ale vlastnictvím, které je myšleno rozdělené. Predari[144]) považuje vlastníkovu hypoteku za samostatné právo na přisvojení si určitého dílu majetkové hodnoty nějakého pozemku. Nussbaum[145]) vidí ve vlastníkově hypotece osamostatněný díl práv vlastníkových, který má podobu hypoteky a podle jejích pravidel se spravuje. Zavedl ji pevný pořad hypotek, který činí z I. a II. hypoteky zcela rozdílné věci. II. hypoteka byla jako taková dána a přijata. Kdyby se z ní stala hypoteka I., přišel by věřitel ku nezaslouženému zisku a vlastník snad značné škodě. Římský vzestup hypotek neodpovídá modernímu úvěru reálnímu. Hypoteka přestala býti dluhem a je ukládacím kapitálem. Vidí se v ní břemeno trvalé, na jehož zánik se nečeká.

Vlastníkova hypoteka, zprvu jako výjimka, v pozdějším zákonodárství německém jako pravidlo připouštěná, musila vésti k tomu, že teorie počala se snažiti, aby ji pod jednotný pojem práva zástavního zařadila. Cosack ve vydání Gerbrova systému německého práva soukromého definuje proto již právo zástavní jako věcné oprávnění, aby se z pozemku nucenou dražbou peněžitý kapitál vymohl.[146]) Souhlasně s tím označuje Cosack ve své učebnici německého práva občanského pozemkové zástavní právo (Grundstück- nebo Grundpfandrecht) jako věcné právo, na nějakém pozemku váznoucí, vedle něhož smí si oprávněný peněžitou sumu z pozemku a z jistých k němu náležitých předmětů vnucenou dražbu vymoci.[147]) Podle toho vytýká také, že

---

[144]) Predari, Die Grundbuchordnung, Berlin, 1913, 120.

[145]) Nussbaum, Lehrb. des d. Hypothekenwesens, 59 a násl.

[146]) Gerber, System des deutschen Privatrechtes, 1895, 274.

[147]) Konrad Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerl. Rechtes. II/1, Jena, 1911, 219.

nejčastěji vyskytuje se pozemkové právo zástavní u nějaké cizí osoby jako zástavního věřitele. To jest věřitelské právo zástavní (Gläubigerpfandrecht). Vedle toho vyskytují se však také práva zástavní, kde vlastník sám je věřitelem. To jest zástavní právo vlastníkovo (Eigentümerpfandrecht).[148])

Dernburg používá rozlišení mezi »Schuld« a »Haftung« pro právo zástavní. Pozemkové právo zástavní občanského zákonníka německého je ručení věci (Sachhaftung). Věcné obtížení, z pozemku peněžitou sumu platiti, ručení za povinnost platební (Leistensollen) je i při vlastníkově hypotece a vlastníkově dluhu pozemkovém odůvodněno. »Platební povinnost« je zde však pouze eventuelní pro ten případ, že vlastníkův dluh pozemkový nebo jeho hypoteka příště do jiných rukou se dostane než vlastnictví anebo že vedením exekuce výnos na položku připadne, který vlastníkovi patří. Věcné zavazení za eventuelní platební povinnost není nic podivného. Vyskytuje se také při hypotece za budoucí pohledávku. Jednota pojmu zástavního práva není tedy vlastníkovým dluhem pozemkovým otřesena.[149]) Také Cromovi jest všechno nemovitostní právo zástavní (Immobilienpfandrecht) svou nejvniternější podstatou totožné. Přistoupí-li k hypotece pohledávka, určuje se tím jen oprávněná osoba, má to tedy jen význam pro otázku, kdo hypoteky nabývá. Trvání osobní pohledávky není předpokladem pro trvání hypoteky. Tato je spíše (jakož i dluh pozemkový) věcné právo samostatné hodnoty, vedle práva vlastnického stojící i tehdy, patří-li vlastníkovi samému. Zadržuje pak dle svého pořadu druhé konkurující věřitele v jejich postihu na pozemku.[150])

Jednotný pojem zástavního práva i pro vlastníkovu hypoteku hájí se též v kruzích praktiků. Krajský soudce Lenhard[151]) dovozuje, že vlastník zcela sám je s to, aby nabyl věcného práva zástavního na svém pozemku. Překážka, která stála této konstrukci v cestě a na níž se vždycky ztroskotala, byla vždy akcessorická povaha hypoteky, na níž ji zákon zakládal. Zmizela-li pohledávka, musila zajíti i hypoteka, a pohledávka zanikla, byl-li

---

[148]) L. c., 234.

[149]) Heinrich Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens, III, Halle a d. S., 1904, 617.

[150]) Dr. Carl Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, III, Tübingen, 1905, 657.

věřitel uspokojen. Proti sobě samému nemůže vlastník žádné pohledávky nabýti a ji prováděti. Svou sukcessí vstupuje vlastník v řadu věřitelů jako hypotekář vlastnický, oprávněný ze závady věcně. Pohledávka je mrtva a kde toho není, jde svou odchylnou cestou. Vlastník nežádá zaplacení sám od sebe, nýbrž uspokojení z pozemku jako čistě věcný věřitel. Hypoteka s pohledávkou nebo bez pohledávky stojí tu úplně neodvisle od pohledávky. Pojmově hypoteka i dluh pozemkový jsou stejné povahy. I vlastníkova hypoteka a vlastníkův dluh pozemkový jsou totožné tvary. Jsou úplná věcně věřitelská práva, u kterých se nejen pasivní, ale i aktivní stránka nalézá. Spojení věřitelství a vlastnictví, které brání, aby se z těchto stránek nárok mohl provésti a klid jeho způsobují, je pouze dočasné. Klid tento zaveden je z policejně právního důvodu, aby vlastník nemohl se na zadluženém pozemku sám hypotek zbaviti. Podstatě práva není to však k nijaké újmě. Vlastníkova hypoteka (dluh pozemkový) jest tedy obtížení pozemku na prospěch vlastníkův v ten způsob, že má jako každý jiný věcný věřitel nárok na uspokojení z výtěžku dražby a plodů dle svého zápisu.

Vlastníkova hypoteka jeví ještě jiné důsledky. Vyvíjí se. Pěstuje se teoreticky. Bavorský vrchní soud zemský vyslovil již zásadu, že každá hypoteka svým obsahem je k tomu určena, aby se stala hypotekou vlastníkovou. Za věřitelem stojí vlastník jako druhý oprávněný, bez jehož svolení nemůže býti hypoteka vymazána. To je t. zv. teorie dvojitého oprávnění (Theorie der Doppelberechtigung). Dle ní je zápis hypoteky zápisem se dvojím oprávněním, přítomným pro věřitele, budoucím pro vlastníka.[152]) Vzhledem ku příští hypotece smluví se o vlastníkově čekatelství (Anwartschaft). Přiznává se mu majetková hodnota a podrobuje se mimoknihovnímu zabavení.[153])

Pro vlastníkovu hypoteku něm. občanského zákonníka třeba želeti, že jeho pojem práva zástavního není tu jednotný. Dále jsou

---

[151]) ABR, 35, 401, 402, Alfred Lenhard, Landrichter in Wiesbaden, Die Eigentumsaufgabe von Grundstücken, die Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld), ihr Verhältnis zueinander.

[152]) Dr. Hermann Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl., Berlin, 1909, II, 28., Bruck, 133 a násl.

[153]) Nussbaum, l. c., 71.

tu směrodatny některé stavy a události, které ani z pozemkových knih, ani ze zástavního listu, který je jaksi nahražuje, nejsou patrny. Tak sama vlastníkova hypoteka nabývá se »Kraft des Gesetzes« aktem mimo knihy. Nabude-li jí vlastník bez pohledávky, mimo knihy změní se v jeho dluh pozemkový. Strany musí tyto změny v listinách konstatovati a za opravu knihovního stavu žádati[154]) a soud pak to, co se mimo knihy stalo, v knihách vyznačí.[155]) Jistě je neutěšené, musí-li vlastník prohlašovati, že hypoteka přešla na něho jako dluh pozemkový a že dluh pozemkový zase mění v hypoteku a hypoteku věřiteli postupuje. Proto se stává, že strany soudu ani pravého stavu věci nesdělí. Zjednoduší si věc tím, že hned hypoteku převedou.[156]) I jsou hlasy teoretiků, aby se tyto předpisy do knih nezapisovaly, na nejvýše jen poznámkou vyznačily.[157])

---

154) O b e r n e c k, l. c., 735, No. 71: Abtretung einer Hypothek des Eigentümers: Auf dem zu Berlin in der ... Strasse ... Grundstück ist in Abt. III Hypothek von 20.000 M zu 4 vom Hundert jährlich verzinslich für den Kaufmann Heinrich Lehna zu Berlin eingetragen. Diese Hypothekarforderung, welche auf mich, den Eigentümer des Grundstückes, dadurch übergegangen ist, dass ich dieselbe a l s n i c h t p e r s ö n l i c h e r S c h u l d n e r bezahlt habe, trete ich hiermit mit den Zinsen seit 1. ; 1900 an den Rentner Gustav Schultze in Berlin ab und beantrage die Abtretung in das Grundbuch einzutragen und den hiermit überreichten Hypothekenbrief an den neuen Gläubiger auszuhändigen. Die Kosten übernehme ich. Notariell begl. Quitung vom ... u. notariellen Kaufvertrag vom ... betr. lie lastenfreie Verschaffung des Eigentums des belasteten Grundstücks an mich füge ich bei. Es folgt der Beglaubigungsvermerk. Viz tamže form. č. 72: ... Hypothek von 22.000 M. ... die aber u n t e r V e r w a n d l u n g i n e i n e G r u n d s c h u l d auf mich dadurch übergegangen ist, dass ich, wie die überreichte Quittung ergibt; den Gläubiger befriedigt habe. Ich bekenne dem Paul Krüger 22.000 M als Darlehen zu schulden ... Die oben bezeichnete Grundschuld trete ich ... an Paul Krüger ab und wandele ... s i e zugleich i n e i n e H y p o t h e k für die angegebene Forderung um.

155) L. c. Verfügung. 1. Einzutragen in das Grundbuch. Zur lfd. Nr. der Eintragung 37 22.000 M. Abgetreten an Paul Krüger ... u n t e r U m w a n d l u n g der zunächst a l s G r u n d s c h u l d auf den Eigentümer .. übergegangenen Hypothek i n e i n e H y p o t h e k für eine Forderung aus dem Darlehen ... Viz také M e i k e l, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, München u. Berlin, 1912, 66.

156) Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit u. Notariat, 10, 192 a násl., H e r o l d., Die Eigentümergrundschuld bei der Buchhypothek u. den Sicherungshypotheken.

157) K i n d e l, l. c., 83.

I s německé strany kritisuje se vlastníkova hypoteka něm. obč. zákonníka nepříznivě. Její forma není šťastná. Je příliš složitá. Způsobuje praksi mnohé obtíže. Novější zákony, švýcarský a rakouský proto jejího vzoru nenápodobily.[158])

Vlastnické teorie mnoho spojují vlastníkovu hypoteku něm. obč. zákonníka s vlastnictvím. Má s ním jistě spojení, poněvadž vlastníkovi patří, ale nezapírá také svého charakteru jako hypoteka, poněvadž vlastník nabývá jí jako dluh pozemkový. S tím, kdo ho však nabude, je dluh pozemkový již osobně spojen. Je tedy připoután k o s o b ě, za jejíhož vlastnictví se hypoteka uvolnila. To liší podstatně vlastníkovu hypoteku něm. obč. zákonníka od vlastníkovy hypoteky rakouské a navržené vlastníkovy hypoteky československé. Tato přísluší v l a s t n í k o v i k a ž d é m u, předchůdci i nástupci. Tím jsme také při hlavním důvodu III. rak. novely, proč přepis hypoteky na vlastníka odmítla. Chtěla vlastníkovu hypoteku zachovati každému vlastníkovi. Učinila tak ovšem ve formě ne dosti bezvadné. Nechala vlastníkovu hypoteku váznouti pro dosavadního věřitele. Návrh pro československou republiku chce zavésti a n o n y m n í z á p i s, který by svědčil tomu, kdo je zapsán na listu B.

I právní povaha rak. vlastníkovy hypoteky byla již předmětem právnické konstrukce. W e l l s p a c h e r[159]) považuje ji za pravou hypoteku. Vlastník jí nakládá, i musí mu patřiti. Za pravou vlastníkovu hypoteku pokládá ji také E i s n e r.[160]) Dispoziční právo vlastníkovo srovnává s obnovou hypoteky dle bavorského hypotečního zákona. Vlastníkova hypoteka sama je mu výronem práva vlastnického.[161]) S c h e y o v i[162]) je »Haftung« §u 469 o. z. o. podle nauky o »Schuld und Haftung« pouze »Vermögenshaftung«, tedy žádné »Sachhaftung«, žádné zástavní právo.[163]) Pro výklad slova »haften« cituje Schey § 150 o. z. o. Míst se slovem »haften« je více (na př. §§ 549, 686, 785, 1337 o. z. o.). Jsou to přežitky pojmů dřívějšího práva, které slovem »haften«

---

158) N u s s b a u m, l. c., 71 a násl.
159) G. Z. 1913, 218.
160) G. Z. 1917, 13.
161) G. Z. 1917, 134.
162) G. Z. 1916, 211/9.
163) G i e r k e, Deutsches Privatrecht, III., 20, 25.

zpravidla generální hypoteku vyjadřovalo,[164]) tedy také zástavní právo. Speciální zástavu vyjadřuje slovem »haften« v § 469 o. z. o. sám jeho tekst. K l a n g[165]) podle Scheye praví, že disposiční právo vlastníkovo je účinek věcné vázanosti statku. Způsobuje ji knihovní zápis, který trvá, ač nadešly okolnosti, které přivodily zánik práva zástavního. Podle H e n d l a[166]) nezavedla III. novela nic nového, než co stanovil již starý tekst § 469 o. z. o. Zaplacením dluhu i podle ní zástavní právo zaniká. Stojí-li v § 469 o. z. o. »Bis dahin kann der Eigentümer . . . das Pfandrecht auf eine neue Forderung übertragen«, užívá se tím jen slov obč. zákonníka, které se každým chápou. Formelní knihovní zápis má tvořiti most, aby se nové právo zástavní založilo. Vlastník může je buď zříditi anebo výmazem knihovního zápisu zadní věřitele do předu pustiti. Všude, i v římském právu, vlastníkova hypoteka nástup zadních věřitelů tarasila, Hendlovi jest vedle obnovy práva zástavního positivním obsahem vlastníkova práva disposičního. Zápis jest mu jen forma. Proti Hendlovi lze námitnouti, že právo užívá formy vždy tam, kde jí potřebuje pro obsah.

## II.

## Pokus o konstrukci.

### § 15. Dluh a ručení.

Nauka o dluhu (Schuld) a ručení (Haftung) vrhla jasné světlo na hypoteku. Teoretikové často k ní se blížili.[1]) Přesně vyřkl ji pro římské právo B r i n z.[2]) Snad by byla jeho formulace uvázla, ale A m i r a[3]) historickými doklady z nordického

---

[164]) Můj spis, K vývoji správy, 106, 107.

[165]) K l a n g, 136.

[166]) H e n d e l, 43 a násl.

[1]) Berthold D e l b r ü c k, Die Uebernahme fremder Schulden nach gem. u . preuss. Rechte, Berlin 1853, 10 a násl., C. J. B e k k e r, Aktionen des römischen Privatrechts, I, Berlin, 1871. 7. G. H a r t m a n n, Die Obligation. Erlangen, 1875, 125.

[2]) Dr. Alois B r i n z. Lehrbuch der Pandekten, II, 1. Erlangen 1879, 2 a násl.

[3]) K. A m i r a. Nordgermanisches Obligationenrecht, Leipzig, I, 1882, 22 a násl., II, 53 a násl. Týž. Grundriss des germanischen Rechts. Strassburg, 1913, 211 a násl.

práva, Puntschart[4]) z práva saského skytli jí silnou posilu. Zmocnila se jí i právní historie, i dogmatika. Byly pro ni doklady hledány i v právu řeckém[5]) a docela i v assyrskobabylonském.[6]) Gierke proto o ní tvrdí, že je to dědictví indogermánské.[7]) Dogmatika vidí v ní logický pojem a myšlenkovou formu, podle níž může býti soukromé právo tříděno, třeba by jeho system výslovně na ní nespočíval.[8])

Dluh je Brinzovi jednak dlužníkova morální povinnost, aby plnil (Leisten sollen), jednak věřitelova touha, aby plnění obdržel (Bekommen sollen).[9]) Ručení je stav, který osobu neb věc ku satisfakci chystá.[10]) Brinzovi při osobách splývá dluh s ručením. Obé tvoří celek.[11]) Část obligační má v jeho pandektách nadpis »Personenhaftungen«.[12]) Amira to rozdělil. Dluh a ručení jsou od sebe odlišné. Při ručení se za něco stojí, při dluhu má se plniti.[13]) Dluh jest díl jmění věřitelova, jeho activum, dlužníkův dluh jest jeho passivum. Obzvláště plasticky vystupuje to při reálních břemenech, jak v kapitole I § 13 ukázáno. Zadrží-li dlužník věřiteli tento díl jeho jmění, dopouští se bezpráví, které smiřuje pokutou a odškodněnou.[14]) To, co se za touto příčinou skytá nebo slibuje, je něco odlišného od dluhu. Toto rozlišování odpovídá i vývoji exekučních prostředků, které osobu a jmění jímaly. Nebylo jich v dnešním smyslu. Kdo rozsudku nevyhověl, vyvrhnul

---

[4]) Dr. Paul Punschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter, Leipzig, 1896, 99 a násl., RGA II, 360, Haftung.

[5]) R. J. Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht I, Leipzig u. Berlin 1907, 7 a násl.

[6]) R. P. Koschaker, Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht, Leipzig-Berlin 1911, 109.

[7]) Oto v. Gierke, Deutsches Privatrecht, III, München u. Leipzig, 1917, 8.

[8]) JhJ, 57 (1910), Emil Strohal, Schuldübernahme, 290. Dr Otto Schreiber, Schuld und Haftung als Begriff der privatrechtlichen Dogmatik, Leipzig, 1914, 2 a násl.

[9]) Brinz, l. c. 8.

[10]) Brinz, 2.

[11]) Brinz, 7.

[12]) Brinz, 20.

[13]) Amira, Nordg. Oblig., I, 22 a násl.

[14]) Amira, Grundriss, 212.

se ze společnosti. Byl bez míru (friedlos).[15]) Teprve časem oddělila se konfiskace jmění dlužníkova jako exekuce od ztráty míru (Friedlosigkeit).[16])

Dnešní nauka zná ručení osobou, jměním a věcí (Personenhaftung, Vermögenshaftung, Sachhaftung).[17]) Z nich ručení jměním sprostředkovala osoba, jsouc z neplnění dluhu zavázána odškodněnou.[18]) Pokud nebylo exekuce do jmění, nemohlo se ani ručení jměním vyvinouti. I bylo přirozeno, že se ručení slibovalo a zřizovalo. Jméno »zástava« (Satzung) výrazně vyjadřuje tyto zvláštní akty.[19]) Ale byly dluhy, kde žádného zaručení nebylo.[20]) Byly také dluhy, které sice na věci utkvěly, ale věc za ně neručila. Pro platy na selských pozemcích mohla zabavovati vrchnost svršky dlužníkovy. Bylo zde tedy obecné ručení jmění dlužníkova, ne ručení statku. Tento nemohl také proto ručiti, poněvadž patřil samému věřiteli, vrchnosti, Spadal na ni, byl-li dlužník vytrvale liknavý.[21]) Jinak tomu ovšem bylo při rentách na cizích pozemcích. Vedle dluhu utkvěly na statku. Statek ručil za ně a mohl pro ně věřitelem býti zabaven.[22])

Odlišování dluhu od ručení čas stírá. Jedno je odkázáno na druhé. Vyskytují se zpravidla pospolu. Sdružují se. Stává se normou, že za dluh se ručí.[23]) V recipované římské obligaci, jak to Brinz dobře postihl, obojí splynulo.[24]) V obligaci této přijalo je

---

15) Heinrich Brunmer, Deutsche Rechtsgeschichte, I, Leipzig, 1906, 229, 231, 266, Dr. Hans Planitz, Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht, Leipzig, 1912, 7, 40, Dr. Viktor v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht, Marburg, 1867, 39.

16) Amira, Grundriss, 281, Planitz, 7 a násl.

17) Gierke Unt., 100, Otto Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht insbesondere die Form der Schuld- u. Haftungsgeschäfte, Breslau, 1910, 21 a násl.

18) Gierke, Schuld u. Haft., 77, týž, Deutsches Privatrecht, III, 29, Heinrich Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, München u. Leipzig, 1912, 214

19) Meibom, l. c., 248 a násl.

20) Gierke, D. Priv., 26, Schuld u. Haftung, 98.

21) Gierke, Schuld u. Haftung, 48, D. Priv. II, 742.

22) ZDR, 19, 201, Stobbe, Zur Geschichte u. Theorie des Rentenkaufs, Gierke, D. Priv. II, 759.

23) Gierke, D. Priv. III, 27, Schuld u. Haftung, 98.

24) Gierke, D. Priv. III, 29.

dnešní právo, a teorie v logickém a psychologickém jemnocitu snaží se je v ní tříditi.[25])

Do německého práva věcného uvedl nauku o dluhu a ručení Dernburg.[26]) Navazuje již v I. díle své učebnice pruského soukromého práva na Brinze, připouštěl podstatnou příbuznost hypoteky a dluhu pozemkového s osobními pohledávkami. Zástavní právo i pohledávka spočívají na úvěrním právním jednání. I pro zástavní povinnost lze slova »dluh« použíti, rozumí-li se tím založení úvěrního poměru. Přes to trval na tom, že zástavní právo pozemkové má za obsah, aby se ze zástavy zástavní suma vymohla. Klade-li se při zástavní žalobě prosba žalobní na zaplacení, je to nepřesné. Mělo by se žádati o právo, aby se mohla žalovaná suma, nebude-li zaplacena, exekucí z pozemku vymáhati.[27]) V 3. vydání změnil svůj náhled ze vlivu Sohmova. Sohm popřel při moderní hypotece vůbec všechen charakter nějakého věcného práva. Věřitel nemá při ní žádné moci nad pozemkem. S exekucí, kterou veřejná moc provádí, jest jeho vlastní jednání zplna vyloučeno. Pro jeho zástavní žalobu je pasivně vlastník legitimován. Petit její směřuje na zaplacení. Moderní právo hypoteční je pouze právo obligační. Zřízení hypoteky je formální kontrakt, kterým vzniká zástavní pohledávka (Hypothekenforderungsrecht), vstupující dle mnohých práv hypotečních ku stávající již pohledávce v solidární poměr a odvislost od ní, jsouc dle jiných práv hypotečních docela samostatné existence schopné.[28]) Dernburg navazuje na Sohma, uznává, že nárok, který věřitel proti vlastníkovi provádí, má ráz obligace. Petit žaloby zástavní jde na zaplacení. Žaloba tato je asi taková jako římské »actiones in rem scriptae«. Osoba zavázaného není již na-

---

[25]) Viz pozn. 8) a dále JhJ, 54 (1909), 355 a násl. Erich Dümchen, Schuld und Haftung, insbesondere bei den Grundpfandrechten. Die Reallasten. Pro rak. právo viz Dr. Egon Weiss, Zur Lehre von Schuld u. Haftung im österreich. Recht. (Sonderabd. aus österr. Zentralblatt für die juristische Praxis, [1913]), Dr. Hans Reichmayer, Die Idee der Gläubigeranfechtung, Wien u. Leipzig, 1913, 22.

[26]) Dr. Heinrich Dernburg, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reiches u. Preussens, III, Halle, 1904, 617.

[27]) Dr. Heinrich Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts I, Halle, 1875, 690 a násl.

[28]) GrZ, V (1878), Dr. Rudolph Sohm, Ueber Natur und Geschichte der modernen Hypothek, 21 a násl.

před určena, nýbrž dána teprve měnivou skutečností, na př. držbou. Přes to v tomto nároku hypoteka nezaniká. Zůstává vlastníkovi i po zaplacení zapsané sumy. Má svou přednost, která teprve v dražebním řízení se uplatní a je tedy i právem věcným.[29]) Dernburg přijímá pro zástavní právo rozdělení mezi »dluhem« a »ručením« a praví v novém svém spise o něm. a pruském občanském právu, že nemovitostní právo zástavní zakládá se na zástavním dluhu (Pfandschuld), nepojí se však vždy k nějaké osobní pohledávce. Při dluhu pozemkovém je zavazena pouze věc při hypotece také osoba.[30])

Ne tou měrou otevřeně ale v podstatě stejně přijímá nauku o »Schuld« a »Haftung« pro něm. právo zástavní i Schwind. Při dluhu pozemkovém a rentovém je, jak samo jméno naznačuje, na straně vlastníka dluh, za nějž dlužník osobně neručí, nýbrž pouze jen zavazený statek. Za dluh ručí pouze ten který vlastník, jenž toho času statek drží.[31]) Při hypotece zůstal něm. obč. zákonník na stanovisku římském. Pojišťuje akcessorně nezaplacenou pohledávku.[32]) Ale obč. zákonník něm. zná celou řadu předpisů, které se snáze vysvětlí, hledí-li se k vlastníkovi jako hypotekárnímu dlužníkovi a plátci. Vlastníkovi dává věřitel výpověď, a vlastník také věřitelovi. U vlastníka zakládá prodlení povinnost, aby platil úroky. Z těchto zjevů třeba poměr tak pojímati, že vlastník, neruče sám osobně, vedle osobního dlužníka do pojištěné obligace vstupuje. Jedině nutný výklad to však není, i lze tato pravidla i bez této pomůcky vysvětliti. Na všechen způsob musí se však dluh pozemkový tehdy předpokládati, ztratí-li hypoteka principem publicity svůj akcessorický charakter. To pojímání musí však vésti k tomu, že stejnou měrou, jako ručení statku je při hypotece akcessorickým právem, je jím v stejné míře akcessorickým i dluh vlastníkův, přistupuje ku hlavnímu dluhu. Jen tam, kde pro tabulární

---

[29]) Dr. Heinrich Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts u. der Privatrechtsnormen des Reichs, I, 3. Aufl., Halle a. S., 1880, 770, 771.

[30]) Dernburg, Das bürgerl. Recht d. d. Reiches u. Pr., III, 616.

[31]) APC, II/1, Dr. Ernst Frt. v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes, 132.

[32]) L. c., 124, 140.

zásady se hypoteka osamostatní, vyjde z této souvislosti a reální ručení dojde ve své isolaci pravého významu.[33])

Nikoli za použití nauky o »Schuld« a »Haftung« řeší podstatu zástavního práva Cosack v novém vydání Gerbrova systemu něm. soukr. práva. Gerber sám viděl v samostatném právu zástavním jen odchylky od běžného systemu římského. Pruský dluh pozemkový podle zák. z r. 1872 je mu čistý dluh sumový (reine Summenschuld), který převodem blanco nabývá charakteru majitelského papíru.[34]) Zástavním právem nabývá věřitel práva, aby prodejem věci svou pohledávku uspokojil.[35]) Reální břemena zařaďujeGerber do práva obligačního. Vážou vlastníka jako dlužníka držbou zástavního statku.[36]) Cosack se svojí konstrukcí náhledu Gerbrovu o reálních břemenech připojil. Reální břemena a zástavní práva jsou obligace, reální břemena na plnění se opakující, právo zástavní na plnění toliko jednou.[37]) Obligace při zástavním právu je osobní pohledávka, která směřuje proti dočasnému vlastníkovi zastaveného pozemku a jde na zaplacení nějakého peněžního kapitálu z prostředků pozemku. Dlužník této pohledávky není již napřed individuelně určen. Změní se, jakmile se vlastník změní. Pohledávka tato nezavazuje všechno soukromé jmění dlužníkovo, nýbrž jen zastavený pozemek. S pojímáním zástavního práva jako obligace souvisí i jméno držitele zástavního práva jako zástavního věřitele a vlastníka zástavního pozemku jako zástavního dlužníka. Vyskytuje se při ní prodlení a vyrovnává se jako každá jiná pohledávka placením, složením k soudu a kompensací. Nelze tedy pochybovati, že s každým zástavním právem je spojena osobní obligace. Od toho třeba však lišiti jinou obligaci, která, nevyskytujíc se při každém zástavním právu, nesměřuje proti dočasnému vlastníku pozemku, nýbrž proti osobě třetí jako dlužníku. Za obligaci tuto neručí pouze pozemek, nýbrž zároveň i ostatní jmění dlužníkovo. Tuto obligaci označuje Cosack jako »osobní pohledávku«,

[33]) L. c., 140—142.

[34]) C. F. Gerber, System des deutschen Privatrechts, 15. Aufl. Jena, 1886, 278, týž, 16. Aufl., Jena, 1890, 248.

[35]) Viz, l. c., 1890, 275.

[36]) Viz, l. c., 1890, 242.

[37]) Gerber, System des deutschen Privatrechts, neubearbeitet von Konrad Cosack, 17. Aufl., Jena, 1895, 280.

kdežto obligaci, která se svým zástavním právem nerozděleně je spojena, proti dočasnému vlastníku směřuje a pouze pozemek zavazuje, zove jako »reální obligací«. Tato nevyčerpává však obsah práva zástavního. Zástavní věřitel má ještě bezprostřední panství nad pozemkem s určitým obsahem. Může způsobem, který je přesně stanoven, zástavní sumu z pozemku vymáhati. Zástavní právo nepostihuje tedy pouze osobu vlastníka pozemku, nýbrž i pozemek sám. Je tedy vedle obligace vlastníka pozemku také věcným právem na pozemku (ius in re aliena).[38])

Cosack taktéž ve své učebnici občanského práva něm. zaujímá podobné stanovisko. Pozemkové právo zástavní (Grundstückpfandrecht) je sice věcné, ale nikoli vždy výlučné věcné právo. Zpravidla je v něm zahrnuta i pohledávka proti dočasnému držiteli zástavního pozemku. Obsah této pohledávky jest, že vlastník pozemku, pokud je to potřebno, musí při tom spolupůsobiti, vymáhá-li zástavní věřitel sumu z pozemku. Vzhledem k tomu, že tato pohledávka, nikoli proti individuelně určité osobě, nýbrž, jak uvedeno, proti dočasnému zástavnímu dlužníku směřuje a nikoho jiného než tohoto ku plnění zavazuje, budiž označena jako reální obligace. Prakticky má reální obligace za následek, že zástavní dlužník je povinen opatřiti věřiteli na svůj náklad vykonatelný titul, aby se exekuce do pozemku nebo jeho příslušenství umožnila. Reální obligace odpadá při zástavních právech vlastníkových a při zástavních právech na pozemcích bez pána. Cosack připomíná, že je docela pochybno, zda zástavnímu věřiteli skutečně nějaká reální obligace přísluší. Sám několikrát svůj náhled o tom změnil. V souvislosti s tím stojí nově probíraná otázka o rozdílu mezi dluhem a ručením. Teoretická obtížnost problemu nestojí však v žádném poměru ku praktické jeho důležitosti.[39])

Obligační povahu vidí v zástavním právu též Lehmann v přepracované příručce Stobbeho o něm. právu soukromém. Zápisem v knize pozemkové spojuje se s dotyčným pozemkem pohledávka tím způsobem, že každý vlastník jeho jeví se býti

---

[38]) L. c., 251—254.

[39]) Konrad Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts, II/1, 5. Aufl., Jena, 1911, 220.

dlužníkem a věřiteli pozemkem do výše pohledávky zavazen. Hypotekární věřitel má proti vlastníkovi pozemku samostatné, svého dlužního důvodu sproštěné právo na zaplacení určité sumy. Charakteristickým znakem moderní hypoteky jest tedy vedle věcné vázanosti pozemku ještě primerní obligační závazek pozemkového vlastníka. Tento je obligačně zavázán, neboť nárok na zaplacení určité sumy je nárokem obligačním, nikoli věcným. S hypotekou je tedy spojena »obligatio in rem scripta« proti každému vlastníkovi. Tato obligace jako taková je však nežalovatelnou, naturální obligací. Proti pozemkovému vlastníkovi přísluší zástavnímu věřiteli jen věcná žaloba, která směřuje na vnucenou dražbu nebo správu pozemku, aby se z něho uspokojení docílilo. Při hypotečním právu jsou tedy dvě od sebe neoddělitelné složky, naturální obligace proti každému vlastníkovi a věcné právo. Hypoteka zřizuje se pro pohledávku, přítomnou nebo budoucí. Od ní je odvislá a bez ní neexistuje. Odvislosti pozbývá, je-li dlužníkem, nikoli dlužník původní, nýbrž nějaký pozdější, úplatný nabyvatel hypoteky. Hypoteka je formálním právem obligačním, zbavena své materielní causy. Stejně je to i při dluhu pozemkovém. Je abstraktní obligací, pohledávkou na určitou sumu.[40])

Nauku o »Schuld« a »Haftung« přijímá pro zástavní právo také Gierke.[41]) Akcentuje však při tom ručení věci (Sachhaftung). Tvoří primerní obsah nemovitostního práva zástavního. S ním spojen je proti dočasnému vlastníkovi také věcný dluh (dingliche Schuld). Poněvadž každé ručení předpokládá dluh, za který se ručí, je potřebí tam, kde není dluhu osobního, dluhu věcného. Proto již dluh pozemkový svým vlastním jménem vyslovuje existenci dluhu věcného. Než i při hypotece trvá vedle dluhu osobního dluh věcný, který hledě ku svému subjektu, svému trvání a svému obsahu zvláštního osudu dojiti může. Dle jednotné struktury nemovitostního práva zástavního vězí tedy i v hypotece dluh pozemkový, který zpravidla osobním dluhem se jen doplňuje, jednak obsahově určuje. Věcný dluh je nerozděleně spojen s vlastnictvím pozemku a po právu přechází také na kaž-

[40]) Otto Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Neu bearbeitet von H. O. Lehmann, II/2, Berlin, 1897, 164 a násl.

[41]) Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, II, Leipzig, 1905, 852 a násl

dého nového vlastníka. Směřuje na zaplacení obnosu, za nějž pozemek ručí. Placení není jen vlastníkovo právo. Každé nemovitostní zástavní právo zakládá pro vlastníka povinnost, aby platil (Zahlen sollen) a tedy dluh, pro oprávněného, aby to dostal (Bekommen sollen), tedy nárok na zaplacení. Než splnění věcného dluhu lze pouze vynutiti, uskuteční-li se věcné ručení. Proto se nemůže žalobou žádati pouhé placení, nýbrž placení z pozemku (Zahlung aus dem Grundstücke). V nemovitostním právu zástavním obsažený dluh jest věcně právního rázu. Není to žádná ve věcné právo zasazená »obligace«, také žádný, mimo zástavní právo stojící »čistý dluh«. Moderní zástavní právo nemovitostní není žádný z věcného a obligačního práva složený tvar. Věcný dluh je spíše podstatná součást věcného poměru. Doplňuje věcné ručení, samo o sobě samostatnosti neschopné. K dokonalému věcnému právu, které se sice může (jako hypoteka) o obligační právo podpírati, ale též (jako dluh pozemkový) této podpory postrádati. Věcný dluh nezakládá žádné povinnosti osoby jako takové, nýbrž vázne na pozemku a jako pasivní součást pozemkového jmění nalézá nutně svůj subjekt v každém vlastníku zavazeného pozemku. Oprávněnému neskytá žádné pohledávky, nýbrž věcné právo věřitelské, které zplna jeví se jen býti právem na pozemku a jen právě proto směřuje proti každému jeho vlastníkovi. Z těchto příčin nelze všech obligačních pravidel o poměrech dlužních užíti na věcný dluh, ač v mnohém směru se tak děje.

Podobně se vyslovuje také Dümchen, aplikuje nauku o »Schuld« a »Haftung« na zástavní právo. Otázka, zda nemovitostní právo zástavní a reální břemena v nějakém věcném zpeněžovacím právu (Verwertungsrecht) se vyčerpávají, anebo zda jsou to útvary, složené z práva věcného a primerní povinnosti ku splnění, musí býti pro moderní právo rozhodnuta ve prospěch alternativy druhé. Je to zřejmé z pojmových předpisů v §§ 1103, 1113, 1191, 1199. Všude v nich stanoví se právní imperativní norma. I veškeré jiné druhy výrazů ukazují, že vlastník nemá býti ku plnění pouze oprávněn, ale i povinen. (§§ 1070, 1073, 1111, 1193, 1194, 1275.) Pouhá slova nedokazují ovšem mnoho, ale jim odpovídá také právní skladba. Obligační ústavy, které předpokládají osobní povinnost ku placení, úpravu plnění, a jeho surro?áty, úročitelnost, splatnost, výpověď, prodlení, námitky

atd. přenesly se všechny beze změny na poměr mezi oprávněným a vlastníkem. Kdyby se to mělo odůvodniti, musela by se vlastníkova povinnost ku plnění fingovati. Takováto fikce by však věc jen ztížila. Je-li zde úmysl, aby věcné právo povinnost ku plnění pojišťovalo, lze je nejjednodušeji tak zkonstruovati, že se na tuto povinnost připojí. Útvar tento je možný a zákonodárce jím nejsnáze svou vůli uskuteční. Útvar tento odpovídá také právnímu vědomí a potřebě obecenstva. Jak hypoteka, tak i dluh pozemkový a reální břemena jsou povahy akcessorní. Vedle věcného práva je zde také nějaká povinnost ku plnění. Právo ovšem tohoto poměru při dluhu pozemkovém a reálních břemenech se nedotýká, a také prakse si ho nevšímá. Jinak při hypotece. Vedle osobního dlužního poměru je zde také samostatná povinnost, dluh zástavní. Ač obsah osobní obligace zpravidla i zástavní dluh určuje, přece má tato jakousi samostanost. Výpověď a prodlení postihují každou povinnost zvláště. Břemeno průvodní je upraveno různě. Může se žalovati z hypoteky, třeba by se soukromý právní poměr ani neprováděl. Námitky mohou býti pro každý poměr různé. Zástavní dluh může se vlivem veřejné víry v knihy zcela odlišně od soukromého dlužního poměru utvářiti. Při všech nemovitostních právech zástavních a břemenech reálních trvá vedle věcného práva také primerní povinnost vlastníkova ku plnění, která při hypotece je zpravidla odvislá od osobní obligace, jinak však samostatná.[42]) Nikoli v kausálnosti, nýbrž v odvislosti od osobní pohledávky je rozdíl mezi hypotekou a dluhem pozemkovým. Jako je »Haftung« pro dluh vždycky abstraktní, tak je také abstraktní dluh zástavní.[43])

V náhleďech těchto vrací se nám, co dávno již o povaze hypoteky projevili někteří badatelé z těch podnětů, které jim dala hypoteka vlastníkova.[44]) Neznali ještě nauky o dluhu a ručení za dluh, ale vystihli již dobře právní poměr. Vlastníkova hypoteka jim jej osvětlila. Vlastníkovou hypotekou pravá povaha moderního práva zástavního vysvobodila se z romanistické přítěže. Jeho rysy dosud zamlžené se vyjasnily.

---

[42]) JhJ. 54 (1909), 361 a násl., Erich Dümchen, Schuld und Haftung, insbesondere bei den Grundpfandrechten.

[43]) L. c., 416—418.

[44]) Koch, Das Recht der Forderungen, II, Berlin, 1859, 759. Koch, Allgem. Landrecht für die Preussischen Staaten, I/2, Berlin, 1862, 518.

V té bezpočetné řadě spisovatelů, kteří o vlastníkově hypotece se vyslovili, každý přispěl svou hřivnou. Každý viděl v ní cosi zvláštního a každý svým způsobem snažil se ji vysvětliti. Právní historie ukázala na zjevy, jí podobné, jinde. Odkryla její stejné principy, třeba na různých místech. Literární formulace vyvodila nám je právnickou spekulací. A tak nezbývá, než aby se to co je roztroušeno, sebralo v celek.

V kapitole o příbuzných zjevech bylo uvedeno, že středoevropské právo vytvořuje si pro své právní poměry zvláštní předměty. Právní poměr vtělí se v hmotný tvar a nabude tím trvalé existence. I ze zástavního práva bral statek své jméno a zval se »Pfandschaft«.[45]) Když nová doba zavedla v knihovních zápisech nové formy, vyvíjelo se v nich právo ve svém duchu starém. Knihovními zápisy nabyly právní poměry jen ještě větší přesnosti. Původci jich domnívali se, že je zakládají mezi stranami. Vskutku však vázali je na pozemky. Radikovali je. Knihovními zápisy utkvívaly právní poměry na pozemcích, jako dříve i bez knihovních zápisů strnuly na nich renty. Právní poměry, nabyvše zápisy pevného ohraničení, staly se jako renty samostatnými právními předměty. Pokračoval v tom jen právní vývoj, jak jsme jej viděli v právu dřívějším a nejplastičněji v rentách. Moderní právnická formulace, i když ku této souvislosti s dřívějškem nehleděla, musila sama pravou podstatu věci právnicky procítiti.[46])

Zápisem zástavního práva vytvořuje vlastník nový předmět pro právní obchod, který sloužiti má jeho úvěru hypotekárnímu. Tento předmět podržuje svou existenci, pokud tato nepomine. Pominouti může však jen tím, že se zástavní právo z knih pozemkových vymaže. Předmět tento má svůj právnický obsah. Jsa v rukou osoby třetí, oprávňuje ji, aby od vlastníka zaplacení zapsané sumy žádala, a nezaplatí-li, z pozemku exekuci si ji vymohla. V obsahu tomto obsažen je tedy d l u h (Schuld) a r u č e n í z a n e z a p l a c e n ý d l u h (Haftung). Obsah tento trvá i v rukou vlastníka, buď že předmět v koloběh právního obchodu nepřišel anebo z něho do rukou jeho se vrátil. Obsah tento je

---

[45]) M e i b o m, Das deutsche Pfandrecht, Marburg, 1867, 4, Z e u m e r, Quellensammlung, Tübingen, 1913, 309, Wahlkapitulation Karls V, § 4, tamže 408, JPO, V, § 26: oppignorationes imperiales.

[46]) G i e r k e, Deutsches Privatrecht, III, 923, W o l f f, l. c. 528.

podstatou tohoto předmětu. Jím stal se samostatným. Jest jeho účelem a existenčním důvodem. V rukou vlastníka rovná se předmět tento všem jiným věcem, ohledně nichž se mohou zakládati práva. Dá se srovnati se směnkou, kterou chce vydatel její na někoho převésti, anebo která se snad na čas v ruce jeho indossací vrátila. Rovná se bankovce, která je v rukou vydávací banky. Rovná se akcii podniku, která od něho vychází a jím se zase nabývá. Předmět tento je tedy jako každá jiná věc, která dotud trvá, dokud zkázy nevezme. Jeho zkázou jest jeho výmaz.

Zápis zůstává stejný, ať je v rukou vlastníka nebo osoby třetí. Účinky jeho jsou však jiné. V rukou vlastníka je to předmět, připravený pro zástavu, jako věc pro zástavní ručení, můžeme tedy říci: předmět zástavní. V rukou osoby třetí je to však věc, která ji dle svého obsahu legitimuje ku právu proti vlastníkovi a pak docela i proti jeho vůli k exekuci na pozemek. Je-li předmět v rukou vlastníka, nelze tedy mluviti o konfusi, poněvadž tato na zápisu pranic nezmění. Nemá vlastností, které by se zápisu dotkly. Zápis může měniti zase jen zápis. Ovšem i konfuse má v rukou vlastníka své přirozené, logické důsledky. Vlastník od sebe žádného dluhu nežádá. Podržuje pouze předmět ve svých rukou až do té doby, až jej zase dá do rukou druhých. Vlastník zřizuje si jej ve svém dluhu pozemkovém pro příležitost anebo má jej, když se mu z uvolněné hypoteky zpět vrátí. Tento zástavní předmět neztrácí ničeho na své objektivní povaze, ať je v rukou vlastníka nebo osoby jiné.[47])

Z historie pruského práva zástavního víme, po jakých cestách musila jíti jeho právnická konstrukce, než se vypracovala z romanistického pojímání. Ještě dnes nezjednal si pravý názor uznání všeobecného. Jako dříve ještě nyní utkvívá se často na představě, jakoby zřízení hypoteky byla jen forma zástavního práva za osobní a nikoli také jiný dluh. Vskutku však jde, jak to již výše bylo uvedeno, o osobní dluh, který vzešel mezi stranami z uzavřeného právního jednání, a dále o dluh věcný, který se při té příležitosti na pozemek radikuje. Srovnání s rentou osvětlí nám věc jasně. Vlastník je povinen platiti nějaké osobě doživotní důchod, zavázav se jí k tomu osobně. Později

[47]) Gierke, l. c., 922 a násl., mluví tu o subjektivním a objektivním stavu vlastníkova práva zástavního.

však sjedná s ní, že místo tohoto důchodu bude jí platiti rentu, která dříve již pro někoho jiného na jeho pozemku byla zapsána. Tím způsobem dává jí za dřívější předmět plnění předmět jiný. Věc je však táž, zřizuje-li vlastník hned od počátku pro tento doživotní důchod v knihách zapsaný rentový dluh. I tu dává něco jiného než slíbil, něco jiného proto, že dluh je připoután k pozemku a že přechází s ním také na nabyvatele nového. Při hypotece nemá se to jinak. Vlastník pro osobní dluh zřizuje na svém pozemku dluh věcný a zároveň ručení za tento dluh. Někteří spisovatelé dobře to vystihovali, pravíce, že je zde takto jakási solidárnost dvojího dluhu, osobního a věcného. K této dvojitosti se nehledělo, poněvadž z osobního dluhu braly se jeho vlastnosti a radikovaly se na pozemku. Vskutku však se zapisoval jen věcný dluh právě s těmito vlastnostmi a zbytečně i s causou dluhu osobního, ač dluh věcný má causu jinou. Jeho causa záleží v tom, že každý majitel stiženého pozemku je tímto dluhem povinen. Vyjadřuje ji jeho označení jako dluh věcný.

Vedle dluhu má moderní hypoteka ještě jinou složku: ručení za dluh. S tímto ručením je zapsána a podle něho má svůj pořad. Pořadem projevuje se ručení určitou silou. Zápisem v určitém pořadí nabývá ručení určitých hranic. Stává se hodnotou, která se dá přesně určiti a také právnicky zkonstruovati.

Chtějíce tak učiniti, musíme vyjíti z pojmu práva vlastnického. Pojem vlastnictví, jak známo, rozlišilo nám právo římské v pojem právnického absolutna,[48]) právo německé a vůbec stře-

---

[48]) Dr. F. C. Gesterding, Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen, Greifswald, 1817, 10 a násl., rozeznává ve vlastnictví jura primaria: jus re sua fruendi, utendi, abutendi, pak jura secundaria: jus possidendi a vindicandi. Str. 13 uvádí, že se všechna ve vlastnictví obsažená práva dají uvésti na právo volného nakládání věcí a právo zabrániti tuto disposici druhému. Právem vytýká Randa, Das Eigentumsrecht, Leipzig, 1893, 7, pozn. 8), že vyloučení třetích jest jen důsledek vlastnictví. Panující mínění vidí ovšem ve vlastnictví jednotnost moci (Randa, 6), svrchovanou vládu nad věcí (L. Arndts, Učební kniha pandekt, Praha, 1886, 213), všeobecné právní panství nad věcí (Heyrovský, Dějiny a systém soukromého práva římského, 1910, 312), úplnou právní moc (Dr. Josef Vančura, Agrární právo římské republiky, 1908, 100), panství individualistické libovůle (Alex Franken, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Leipzig, 1894, 105), nejobsáhlejší panství, které se na věci míti může (Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II/1, Marburg,

doevropské v pojem konkretního skutečna.[49]) Poznání, že absolutno se ve skutečnosti obmezuje, sprostředkovává kompromis mezi názorem římským a středoevropským. Právo vlastnické jest podle něho pouze ta nejširší právní moc nad věcí, kterou právní řád někomu skytá. Pojem vlastnictví jde proudem hospodářského a kulturního vývoje a mění se s ním a v něm.[50]) I mohlo se dřívější teorii jeviti jako úhrn různých oprávnění.[51]) V právním styku se tak projevovalo, a některé zákony je podle toho tak pojímaly.[52]) Tak zvaná práva na věci cizí nebo obmezená práva

---

1913, 147), plnost práva na věci (Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, Frankfurt am Main, 1906, I, 857, každou moc nad věcí, která po přirozenosti a právu je možna (Dernburg, Pandekten, I, Berlin 1902, 444). Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigenthum, Heidelberg, 1857, 4, praví: právní obsah vlastnosti nedá se specialisovati, omezen je pouze fysicky. Římský pojem vlastnictví má tedy asi takový význam jako absolutno ve filosofii.

[49]) Dr. Andreas Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, II, Leipzig, 1886, 15, 47. Alex Franken, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Leipzig, 1894, 169, Gierke, Deutsches Privatrecht, II, 349 a násl., Rudolf Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, Leipzig, 1908, 223, Dr. Claudius Frh. v. Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, Leipzig u. Berlin, 1912, 42, Hoops, Reallexicon der germanischen Altertumskunde, 531 (Herbert Meyer, Eigentum), Dr. Przemysław Dąbkowski, Prawo prywatne polskie, II, we Lwowie, 1911, 136.

[50]) Dr. August Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, Weimar, 1878, 161, Adolf Samter, Das Eigenthum in seiner sozialen Bedeutung, Jena, 1879, 36, Dr. F. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 1900, 266: svým právnickým obsahem neobmezená moc nad věcí v hranicích zákona a oprávnění osob jiných, Dr. Carl Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts, III, 1905, 254: právní moc nad věcí, sáhající tak daleko, pokud po právu a přirozenosti může se vyskytovati. Viz též čl. 641 švýc. obč. zák.: Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen. § 903 n. o. z. Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschliessen. Podle těchto posledních slov určuje pojem práva vlastnického Schlossmann, Ueber den Begriff des Eigenthums (Jh. Jb., 45, 338). Právo vlastnické jest právem vylučovacím (Ausschliessungsrecht), jež není svým účelem obmezeno. Obmezená věcná práva jsou naproti tomu vylučovacími právy pro jistý vymezený účel. Jak patrno, vytýká tento pojem jen účinek práva vlastnického a nepraví ničeho o něm samém.

[51]) Samter, 33, Gierke, Deutsches Privatrecht, II, 347 a násl.

[52]) Code civil art. 544: La propriété est le droit de jouir et disposer

věcná zabírala pro sebe také tato oprávnění. Týkala se buď faktické (služebnosti) nebo právní (zástavní právo) disposice věcí. Vlastník, zřizuje tato obmezená práva věcná, činí takto oprávněného jaksi spoluvlastníkem s vlastnickým obsahem pro diviso.[53]) Při služebnosti nebo jiném podobném právě lze věci v tom kterém směru užívati. Při zástavním právu lze věc nebo její plody prodati. Běžná právní formulace nevidí ovšem v těchto právech nějakého spoluvlastnictví, ale nebylo tomu tak povždy. V dřívějším německém právu vlastnickými právy se zvala.[54]) Ať tedy dnes zovou a formulují se jinak, svou povahou jsou dílčími právy vlastnickými. Podle přirozené své povahy staví se toto dílčí právo vlastnické ku vlastnictví různě. Služebnost odejme svůj obsah vlastnictví zplna. Také zástavní právo při vnucené správě. Právo na vnucený prodej zastaveného statku může trvati vedle práva vlastníkova na prodej a vedle oněch jiných práv zástavních, která postupně na zavazeném statku byla zřízena.

Z oprávnění vlastníkových má právo zástavní za svůj obsah malou tříšť: právo na prodej pozemku a disposici jeho plody. Jako vlastnictví má právo i na jejich surrogáty: docílenou kupní cenu. Svou povahou se tu práva tato od sebe neliší. Jen formálně. Prodej i disposice plody děje se při každém z těchto práv jiným způsobem. Při právu vlastnickém z ruky volné, za spolupůsobení soudu nejvýše jen při dražbě dobrovolné. Při právu zástavním jen dražbou vnucenou, při disposici plody vnucenou správou. Vlastník při své hypotece práva toho nemá. Z důvodu svého vlast-

---

des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibe par les lois ou par les réglemens.

[53]) Gierke, II, 598 a násl. Podobně vyslovil se i Richard Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigenthümers, Berlin, 1877, 10: Chce-li se dáti jistota nějakým předmětem majetku, nemůže se mimo něj ničeho dáti, nýbrž musí předmět tento sám převeden býti, ovšem nikoli přes svůj účel, jen pro pojištění, pod výminkou tedy, buď odkládací neb rozvazovací. Odkládací, nebude-li pohledávka zaplacena. Rozvazovací, bude-li věřitel uspokojen. 21: Zástavní právo v subj. smyslu je tedy podmínečné nabytí ideelního, neurčitého, ale určitelného dílu zcizeného majetkového předmětu. 25: Uspokojení z kupní ceny charakterisuje právo zástavního věřitele jako spoluvlastnictví. Z něho plyne nutně jeho právo na zcizení věci.

[54]) Gierke, II, 349 a násl.

nictví má právo na prodej z ruky volné. Nemůže se mu propustiti prodej z práva dílčího, který by vykonal proti těm, jichž práva buď on sám nebo jeho předchůdce do knih zapsal. Nebylo by slušno, aby je dražbou té jistoty zbavoval, kterou jim on sám nebo jeho předchůdce kdysi poskytl. Důvody tyto odpadají, upadne-li vlastník v konkurs. Tu konkursní správce jako jeho zákonný zástupce provádí již beze vší překážky prodej vnucenou dražbou.[55]) Při vnucené dražbě provádí se však i surrogační právo vlastníka. Z dražebního výtěžku připadá mu všechno to, co po srážce surrogačních práv dílčích na něho zbývá. Vlastnictví má tu tedy pořad za těmito dílčími právy. Takovýmto dílčím právem jest i vlastníkova hypoteka. Podle jejího pořadu připadá na ni část dražebního výtěžku.

Při spoluvlastnictví v běžném smyslu je podíl v právu matematickým zlomkem určen. I dílčí spoluvlastnické právo v našem smyslu je vymezeno. Při služebnostech a jiných podobných právech vymezuje se jejich obsah in natura. Při zástavním právu stanoví se taktéž matematicky. Má svůj výraz ve kvotě, která připadá jako surrogační nárok na právo zástavní dle jeho pořadu.[56]) Kvota tato je známa teprve, až surrogace nastane, až je zde již docílený dražební výtěžek a právoplatný jeho rozvrh. Teprve dražebním výtěžkem a podrobným účtem předchozích práv je dána pevná základna pro hodnotu zástavního práva. Jde-li o pozemek předlužený, může býti tedy kvota výtěžková docela

[55]) Dr. Aug. Sigm. Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristichen Grundlagen, Berlin, 1880, 30. Dr. Sarwey, Die Konkurs-Ordnung für das Deutsche Reich vom 10. Februar 1877, Berlin 1882, 30/4 467/1, 468/3, 14, Dr. Georg Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin, 1912, 24. Dr. Rudolf Pollak, Das Concursrecht, I, Berlin, 1896, 138. Dr. Arthur Skedl, Die Grundlagen des österreichischen Konkursrechtes in ihrer historischen Entwicklung Leipzig, 1913, 10 a násl. Omylný názor konkursního řádu rak. z 25. XII 1868 č. 1 ř. z. 1869, že věřitelstvo konkursní sukceduje ve všechna práva úpadcova (§ 1, odst. 2), nový konkursní řád ze dne 10. prosince 1914 č. 447 ř. z. opustil (viz §§ 1, 4, 6 a 7 nového konk. ř. ve srovnání s §§ 1, 4, 6 až 7 starého konk. ř. Místo »Gläubigerschaft« je zde položeno slovo »Masseverwalter«). Jinak Rintelen. Handbuch des österr. Konkurs- u. Aussgleichsrechtes, München u. Leipzig, 1915, 63.

[56]) Také Dr. Julian Goldschmidt (ABR. 20, 26) uvádí při vlastníkově hypotece, že vlastník nabývá jí práva, aby příslušný podíl dražebního výtěžku zase někomu jinému poukázal.

imaginární. Matematicky je kvota tato již před tím určena výši pojištěné pohledávky.[57]) Má však jistou rozpínavost zadrženými úroky, soudními, exekučními a vedlejšími útratami.[58])

Dílčí spoluvlastnické právo na prodej má za účel generální surrogaci. Na místo zastaveného pozemku nastupuje pro všechny věřitele, i pro vlastníka surrogát tohoto pozemku, docílený dražební výtěžek. Při vnucené správě jde pouze o surrogaci speciální za vytěžené plody.[59])

Složky obligačního práva »dluh a ručení« přimkly se v jeho vývoji k sobě. Staly se nezbytnými soudružkami, že až spolu splynuly. Byl-li tu dluh, bylo tu i ručení za tento dluh. Moderní hypoteka musila již s tímto taktem počítati. Když proto zápisem radikovala dluh na pozemek, radikovala jej v obou jeho složkách, jako dluh a jako ručení za dluh. Komu se tedy hypoteka zřídí, tomu svědčí i věcný neboli zástavní dluh a ručení za tento dluh. Vývojem moderních exekučních prostředků má toto ručení povahu spoluvlastnického práva, jehož obsahem je právo na prodej ať již samého pozemku nebo jen plodů jeho.

## § 16. **Důsledky.**

Vylíčená povaha zástavního práva má pro jeho skladbu a jeho poměr k osobní pohledávce důležité důsledky. Zástavní právo přivede se tím na jediný typ. Je jím dluh věcný, reální nebo zástavní, na nemovitosti radikovaný (Schuld), za nějž nemovitost tato ručí (Haftung). Německý občanský zákonník má již pro tento typ svůj obzvláště akcentovaný tvar. Je to dluh

---

[57]) S našeho stanoviska musíme se tedy vysloviti proti theorii o právu na podstatu (Substanzrecht) a na hodnotu (Wertrecht) (viz ACP, 91, 155, Kohler, Substanzrecht und Wertrecht), pokud by se vlastnictví označovalo pouze jako právo na podstatu a toliko právo zástavní a jiná podobná práva právy na hodnotu (viz Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts, III, 1905, 254 a násl. Substanzrechte: Eigentum, Nutzungsrechte, Warterechte; Wertrechte: Reallasten, Pfandrecht). Právo vlastnické je stejně tak právo na podstatu jako na hodnotu a s obmezenějším obsahem je tomu tak i při právu zástavním.

[58]) Obč. zák. něm. v § 1178 rozumně stanovil, že hypoteka za zadržené úroky a vedlejši útraty konfusí pomíjí. Na budoucí úroky a útraty se to nevztahuje. Viz BGB, § 1178.

[59]) § 126 r. ex. ř., §§ 142, 158 n. ř. z. o nucené dražbě a správě.

pozemkový (Grundschuld). Jiné právo, na př. naše a rakouské ho ještě postrádá, ač reální břemeno jej již vyznačuje. Skonstruujeme-li nemovitostní právo zástavní na tento typ, mnohé pochybnosti, mnohé nedůslednosti rozřeší se nám samy sebou. Různé druhy něm. zástavního práva ku nemovitostem seskupí se nám pouze ve dva, v prostý dluh věcný bez pohledávky a dluh věcný spojený s osobní pohledávkou. Prostého dluhu věcného jsou pak dva způsoby, dluh pozemkový a reálný. Dluh věcný spojený s pohledávkou jest buď hypoteka nebo pojišťovací hypoteka.

Hypoteku, ať již obyčejnou nebo pojišťovací, charakterisuje tedy dvojice dluhů, dluh věcný a osobní. Spojení jich sprostředkovává zpravidla dlužník a vlastník v jedné osobě. Nad to je tu ještě svazek mezi těmito dvěma dluhy, který činí jeden dluh závislým na dluhu druhém. Je tu spojitost, která upomíná na zástavní právo simultánní. Stejné námitky, které mohou býti činěny proti osobní pohledávce, mohou býti činěny i proti hypotece (§ 1137). Pohledávka nemůže býti bez hypoteky a hypoteka bez pohledávky postoupena. Postoupením pohledávky přechází i hypoteka (§ 1153). Odvislost od osobní pohledávky je zejména znatelna při t. zv. kauční neboli maximální hypotece (Höchstbetraghypothek). Pozemek při ní ručí za dluh, který teprve vznikne (§ 1190). Spojitost dluhu věcného s dluhem osobním jeví se v tom, že dluh osobní způsobuje vznik dluhu věcného.

Dluh věcný může se s dluhem osobním rozejíti, takže zůstane bez něho. To jsou všechny případy vlastníkovy hypoteky, kde po samém zákonu hypoteka mění se v dluh pozemkový. Než i jinde ve všech případech, kde se osobní dluh rozejde s dluhem věcným, měl by vzejíti dluh pozemkový, ač to zákon neuvádí anebo i nadále o hypotece mluví. Je tomu vždy, kdy vlastník a osobní dlužník jsou různé osoby bez společného vztahu k osobní pohledávce. Obrátí-li se věřitel na vlastníka a provádí-li proti němu své vtělené právo, může prováděti jen čistý dluh věcný, poněvadž žádného jiného dluhu tu není. Provádí tedy vlastně dluh pozemkový. Ob. zákonníku něm. není toto rozdvojení neznámo. Zmínil se o něm na mnohých místech (§§ 1137, 1138, 1141—1146, 1160, 1161, 1164, 1167, 1174, 1180). Něm. obč. zákonník nepřiznává tu ovšem existenci dluhu pozemkového, poněvadž jej skonstruoval jako abstraktní ústav, prostý vší souvislosti s pohledávkou. Tato souvislost nesmí býti sprostředko-

vána ani osobou cizího dlužníka, který stojí úplně mimo knihy. Tím ovšem má dluh pozemkový podle něm. obč. zákona jinou povahu nežli dluh věcný. Při dluhu pozemkovém není žádného zřejmého svazku s nějakou osobní pohledávkou, a ani ho býti nemusí, byl-li dán pozemkový dluh na př. darem. Mohl však tu býti, byla-li ještě dříve nějaká pohledávka mezi stranami. Ale tato pohledávka právě zanikla, když pro ni dluh pozemkový byl zřízen. Zanikla datione in solutum, jsouc vyrovnána dluhem pozemkovým. Dluh pozemkový má pro ni týž význam, jako kdyby ku jejímu zapravení dána byla směnka. Poněvadž tu není žádné spojitosti s pohledávkou, odpadají také námitky, které by se z pohledávky činiti mohly. Naproti tomu po rozloučení z dřívější osobní jednoty v subjekty dva, vlastníka a osobního dlužníka, trvá svrchu dotčená spojitost mezi oběma dluhy i dále. Tak je tomu zejména při zrůdě německé vlastníkovy hypoteky, t. zv. »forderungsbekleidete Eigentümerhypothek«. Tato hypoteka je totiž přežilá struktura pruské vlastníkovy hypoteky. Podle pruské prakse, jak bylo v I. díle vylíčeno, nabývala se i osobní pohledávka. I když správný názor přivedl techniku legislativní k dluhu reálnímu, jakým je dluh pozemkový, přece zde ještě zbyla hypoteka s pohledávkou, nabývá-li ji sám vlastník. O těchto případech zmiňuje se § 1177 2. odst. a § 1143 n. z. o. Zaplatí-li vlastník nedlužník věřiteli pohledávku nebo spojí-li se nedlužníkovo vlastnictví, hypotekou obtížené, s právem věřitelským v jedné osobě, povstane podle nauky o dluhu a ručení za dluh poměr. 1. mezi vlastníkem věřitelem a osobním dlužníkem a 2. mezi vlastníkem věřitelem a jím samým jako reálním dlužníkem. § 1177 n. z. o. tu praví, že se má hypoteka vlastníka s pohledávkou posuzovati podle předpisů o dluhu pozemkovém. Sjednocením tímto nezmění se na poměru ničeho. Případ je stejný, jsou-li vlastník a věřitel osoby různé. Osobní pohledávka nezanikne, poněvadž má svou existenci mimo knihy. Proč by tedy měl zaniknouti dluh reální? Slouží osobní pohledávce a pokud tato trvá, zůstává s ní ve dvojici. Vlastník může své právo vykonati mimo knihy. Proti sobě v knihách nikoli. Právo mu to nedovoluje, a je to logické, poněvadž by nevykonával osobní dluh. Placením z jiné podstaty získal by jen to, co již má, nárok proti osobnímu dlužníkovi.

Nauka o dluhu a ručení za dluh musí zasáhnouti také do

simultánních, nebo, jak něm. obč. zákonník naznačuje, vespolných hypotek (Gesammthypotheken), zejména do postihu jich mezi sebou. Nárok ze simultánní hypoteky může býti upraven podle dvou hledisek. Buď může míti hypotekární věřitel úplnou volbu, které ze simultánně zavazených hypotek chce se držeti, tak jako při závazku solidárním. Anebo může býti ve své volbě vázán. Takové stanovisko zaujalo české právo, odkazujíc věřitele při komorním platu na každý ze spoluzavazených statků rovným dílem.[60]) Ale také obecné právo začalo již simultánního věřitele vůči interessovaným osobám při konkursu a dražebním řízení v jeho volbě omezovati. Ze samých pramenů se odvozovalo, že právo se nesmí tím způsobem vykonati, aby druhému škodilo.[61]) Co obecnoprávní teorie formulovala, některé zákonodárství již provádělo, tu věřitele obmezujíc, tu toliko zadním věřitelům proti účinkům svobodné volby některé prostředky skytajíc.[62]) To je také stanovisko rak. zákonodárství. Simultánní věřitel má právo volby (§ 15 kn. ř., § 222 ex. ř.). Nevykoná-li ho, přispívají na jeho pohledávku po úhradě předchozích závad zbytky rozdělovacích podstat poměrně. Užije-li práva své volby, mají zadní věřitelé postih na uvolněný dílec druhých podstat. Nebyly-li pak všechny hypoteky prodány, mají náhradní nárok v pořadu uvolněné hypoteky ve výši, vypočtené podle daňových hodnot jednotlivých hypotek (§ 222 ex. ř.).

Německý obč. zákonník zůstal zásadně státi na svobodné volbě věřitele. Jeho motivy pociťují příkrost toho, ale řešení zdá se jim těžké. Stěží dal by prý se nalézti způsob vyrovnávací, který by se dal prakticky provésti a odpovídal by spravedlnosti. Stejné právo, které se žádá pro zadní hypotekáře, musilo by se žádati i pro vlastníka. Jeho zájem je často plně divergentní, zejména ručí-li jedněm zadním věřitelům osobně a druhým jenom

---

[60]) DH, V. Dr. Adolf Exner, Das österreichische Hypothekenrecht, Leipzig, 1881, II, 289.

[61]) ZZ z r. 1530, č. 118, z r. 1549 G. 33, z r. 1504 E. 21, OZZČ. G LVIII, LIX. Viz též Exner, l. c. 309, pozn. 7) a Haan, Studien über Landtafelwesen, Wien, 1866, 133. Tento však chybuje, domnívaje se podle nejasného textu německého G. LIX, že se podíl přikazoval podle poměru hodnoty. OZZČ praví v G. LIX jasně: »podle rovného z jednoho každého statku dílu.«

[62]) Exner, l. c, 310, pozn. 12). Motive, III, 684, ACP. 89 (1899) 261 a násl., Walther Lang, Die Gesammthypothek.

jako vlastník. Kdyby jen jedna nemovitost nebo jen některé nemovitosti byly v dražebním řízení zcizovány, musily by se hodnoty druhých vypočítávati a exekuce, by se tím stěžovala. Vyrovnání bylo by pak nespravedlivé, kdyby se při pozdější dražbě vyšší nebo nižší hodnota docílila, než by činila hodnota odhadní. Zákonodárství učinilo dosti, povolilo-li korreální hypoteku vlastníkům malých pozemků, aby reálního úvěru mohli užíti. Nemá však žádné další příčiny, aby na útraty právní a správní jednoduchosti zabývalo se parcelou, která simultánní hypotekou je stižena ještě dále. Je-li v některém kraji sklon k tomu, že se pozemky zastavují společně s jinými, pak zase jednotlivě a posléz snad ve dvojí nebo trojí kombinaci, není jistě radno, aby se takovýto, jen ku zmatku jdoucí směr podporoval.[63])

Princip věřitelovy svobodné volby jeví své účinky jednak aktivní, pro věřitele, jednak pasivní, pro hypoteku. Simultánní věřitel může z kteréhokoli ze spoluzastavených pozemků zaplacení zcela nebo z části žádati, na ně podle své libovůle pohledávku rozděliti (§ 1132), na kterémkoli pozemku se jí vzdáti a na ostatní ji obmeziti (§ 1175). Uvolní-li se hypoteka podle § 1163, takže různým vlastníkům společně připadne, mohou si ji i tito vlastníci podle své libovůle mezi sebou rozvrhnouti (§ 1172).[64]) Postih vlastníka nebo osobního dlužníka (§ 1174) proti jednomu ze simultánních vlastníků nebo jeho předchůdci může získati hypoteku na jednom anebo na některých, uspokojí-li věřitele sám nebo spojí-li dluh s pohledávkou ve své osobě (§ 1173) anebo uspokojí-li se věřitel z dražebního výtěžku vlastníkova pozemku (§ 1182). Nabude-li se hypoteka na jednom pozemku nebo jen na některých, musí to ovšem míti v zápětí, že zaniká na pozemcích ostatních. Vlastníci jich zbavují se jí beze všeho svého souhlasu. Nápad vlastníkovy hypoteky se tím ruší (§§ 1173, 1174). Vlastníkovi uniká také hypoteka, které se simultánní věřitel vzdá anebo v příčině které se se svým právem vyloučí (§ 1175). Předpisy tyto tedy hluboce zasahují jak do práva vlastníkova, tak i do práva zadních věřitelů. Do práva těchto věřitelů zasáhl zejména německý obč. zákonník tím, že náhradní nárok osobního dlužníka (§ 415, 421, 420) proti jednomu ze simultánně zavaze-

[63]) Motive, III, 686.

[64]) Lang, l. c., 200, BGB, § 1172 3.

ných vlastníků a také docela proti jeho předchůdci s hypotekou těchto osob sepial (§ 1176) a pro tyto nároky jakousi jeho postihovou zajišťovací hypoteku (Rückgriffshypothek) vytvořil.[65])

Teorie káře v obč. zákonníku něm. nedostatek rozvrhu mezi hypotekami.[66]) Jakýsi náběh k němu má však již sám anebo aspoň ve spojení se zákonem o dražebním řízení ze dne 24. března 1897. Připadne-li podle § 1163 simultánní hypoteka všem vlastníkům společně, může každý z nich žádati, aby byla na jeho pozemku obmezena na ten dílčí obnos, který odpovídá hodnotě jeho pozemku a hodnotě všech pozemků, předchozí závady na nich odpočítávajíc (§ 1172). Předpis tento je však podpůrný. Vlastníci mohou mezi sebou něco jiného ujednati (§ 1172). Nevykoná-li pak simultánní věřitel své právo volby dle § 1132, má se do rozdělovacího plánu pojati u každého pozemku jen ten obnos, který odpovídá poměru dražebního výtěžku, předchozí závady odpočítávajíc (§ 122 zák. o draž. říz.).[67]) V některých případech však simultánní věřitel právo své dle § 1132 ani vykonati nemůže. Je to při exekuci na nemovitosti, kde nároku vymáhajícího věřitele předchází simultánní hypoteka, pojme-li se na návrh některého účastníka (vlastníka nebo zadního hypotekáře) do nejnižšího podání při každém pozemku ze simultánní pohledávky jen dílčí obnos, který hodnotě všech pozemků odpovídá, předchozí závady, jež potrvati mají, odpočítávajíc (§ 64 cit. z.). Příklepem stane se toto přikázání definitivním a simultánní hypoteka rozdělí se podle tohoto poměru na jednotlivých pozemcích v jednotlivé hypoteky. Hypoteky za další obnosy na těchto pozemcích zanikají (§ 91 odst. 1. cit. zák.).[68]) Rozvrhem tímto béře i postihová hy-

---

[65]) W o l f g a n g Robert, Die Rückgriffshypothek, Inaug.-Diss., Halle a. S., 1906, 13 a násl., 51 a násl., L a n g, l. c., 310 a násl.

[66]) DH, VIII, Dr. H. D e r n b u r g, Das preuss. Hypothekenrecht, 179 a násl., t ý ž, Das bürgerl. Recht (1904), III, 675 a násl., L a n g, 321 a násl., Dr. Martin W o l f f, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II/1, Marburg, 1913, 533. Motive, III, 686, utěšují zadního věřitele těmito slovy: Rechnete der eine oder der andere Betheiligte auf eine Minderung dieser Belastung durch die Mithaft anderer Grundstücke, so rechnete er auf einen Vortheil, dessen Erlangung für ihn vom Zufalle abhing, und wenn er dann hierin getäuscht wird, so liegt der Grund davon lediglich in dem Vertrauen auf eine Berechnung, deren Voraussetzungen der Gewissheit ermangelten.

[67]) L a n g, 274.

[68]) L a n g, 277 a násl.

poteka dle § 1182 svého konce.[69]) Rozvrhem je rámec simultánní hypoteky vyčerpán a pro postih není tam více místa. K postihu dlužníka dle § 1174 ani v budoucnosti již dojíti nemůže, poněvadž příkazem pohledávky z dražebního výtěžku byla tato zapravena (§ 118 zák. o draž. říz.) a všichni dlužníci svého závazku sproštěni.

Přistupme nyní k užití nauky o dluhu a ručení za dluh na simultánní hypoteku. Z povahy věcného dluhu, který stejnou sumou vázne na všech spoluzavázaných realitách, plyne, že povinnost jejich vlastníků je solidární. Stav tento kryje se se zájmem věřitele, aby nijak obmezován nebyl, a s právem jeho svobodné volby, kterou mu běžné právo přiznává. Jednostejný závazek každého vlastníka, aby duh platil, způsobuje mezi různými simultánními vlastníky stejný poměr, jako kdyby všichni byli osobními solidárními dlužníky. Reálně jimi jsou, třeba by nebyli osobně. Tato dvojitost má také různé účinky. Je-li soukromý poměr mezi stranami, dluh reální béře jej na svá bedra. Je to jeho úkol. Ukládá povinnost reální tam, kde je nějaká povinnost osobní (Schuld). Není-li takového soukromoprávního poměru, je zde pouze poměr ručících hypotek (Haftung). Rozdíly tyto jsou zejména zřejmy při postihu. Může býti druhu dvojího. Volbou simultánního věřitele mohou býti zkráceni zadní hypotekáři. Vzejde jim proto po dražbě postih mezi hypotekami. Rakouské zákonodárství ukázalo mu cestu v § 37 konk. řádu ze dne 25. prosince 1868 č. 1 ř. z. z r. 1869 a v § 222 ex. ř. Právo těchto hypotekářů má býti však chráněno již před dražbou. Právem simultánního věřitele, aby jednoho neb i více simultánních dlužníků ze simultánního ručení propustil, nemůže býti postih mezi hypotekami změněn. Také právo vlastníka na hypoteku nesmí jím býti dotčeno.[70]) Simultánní závazek měl by i nadále zůstati na propuštěné hypotece pro postih hypotek a vlastníkovu hypoteku zachován. Třeba by běžné zákonodárství proto ještě formy nemělo, snadno by se našla na př. v knihovní poznámce, že propuštěná hypoteka pro postih hypotek a vlastníkovu hypoteku se

---

[69]) Hypoteka tato, jdouc pořadím za všemi právy na pozemku, k rozvrhu povinném, je více než problematická. Viz Wolff, l. c. 533.

[70]) Viz výklad Wolffa, l. c., 537 o nesrovnalostech, k nimž § 1175 n. z. o. vede.

zachovává.[71]) Aby však knihovní stav nestal se neurčitým, byla by tu vhodná časová prekluse. Poznámka zapsala by se na návrh zájemníka, zakročil-li o ni do 14 dnů potom, kdy byl o propuštění hypoteky vyrozuměn.

Ale postih může míti i v l a s t n í k, k t e r ý s i m u l t á n n í p o h l e d á v k u z a p l a t i l, ať již jako osobní nebo jen reální dlužník. Povahou svou je takovýto postih povždy nárokem náhradním. Dává mu jej smlouva nebo zákon, plní-li širším obsahem, než jak mu slušnost ukládá. Jest sice tímto plněním povinen, ale vyhražuje se mu odškodněná. Nárok jeho je tedy pohledávka. Vymáhá ji v simultánní hypotece. Úkol hypoteky, aby sloužila nějaké pohledávce osobní, obzvláště tu vyniká. Simultánní hypoteka dává se tu do služby pohledávky nové, náhradní. Simultánní hypoteka stane se tu jakousi hypotekou zjišťovací.[72]) Výše náhrady může býti stanovena různě. Mezi osobními dlužníky podle jejich osobního poměru (§ 426 n. z. o., § 890 o. z. o.). Vlastník rovná se tu při výkonu svého práva simultánnímu věřiteli. Poměrem mezi osobními dlužníky jest však obmezen. Je naň vázán, nemá práva volby. Tento soukromoprávní postih může převyšovati míru postihu mezi hypotekami. Zadní hypotekáři nemohou mu však odporovati. Provedou své právo na příděl podle poměru hypotek až při rozvrhu po dražbě. Postih může míti: 1. vlastník spoludlužník proti simultánním dlužníkům jako spoludlužníkům osobním, 2. vlastník nedlužník proti spoludlužníkům a 3. vlastník nedlužník proti nedlužníkům. Ad 1. a 2. posuzuje se podle zákona nebo smlouvy. Vlastník nedlužník má ad 2. nárok na náhradu, učiniv náklad, k němuž podle smlouvy nebo zákona osobní dlužníci byli povinni. V třetím případě jsou tu dva poměry, jako při hypotece jednoduché, a) mezi vlastníkem a osobním dlužníkem mimo hypoteku a b) mezi vlastníkem a reálními dlužníky simultánními, mezi něž i vlastník patří. Zaplatí-li jeden ze simultánních vlastníků, nastane poměr jako při jednoduché hypotece, platí-li nedlužník. Platí-li vlastník, nabývá celé simultánní hypoteky a zároveň osobní pohledávky za dlužníkem mimo knihy. Nedostane-li tu vlastník od soukromého dlužníka náhradu, má

---

[71]) Princip tento hájí se theorii k § 1175 n. z. o. Viz ABR, 40, 324. Dr. Johannes B i e r m a n n, Pfandrechte und Hypotheken bei Gesamtsschulden, Gesamtforderungen und gemeinschaftlichen Forderungen.

[72]) W o l f g a n g Robert, Die Rückgriffshypothek, 55.

nárok na postih. Výši náhrady neurčuje tu žádný speciální soukromoprávní poměr. Třeba ji hledati ne v dluhu simultánních dlužníků, ale v ručení hypotek. Nastane tedy čistý postih mezi hypotekami podle jejich hodnot.

Navržená konstrukce míněna je pro futuro, až dojde k zákonodárné úpravě. Na právo rakouské a československé dala by se však aplikovat již dnes. Zákonodárce nestanovil zvláštních předpisů pro simultánní hypoteku. Ponechal to formulaci teorie. Jinak je tomu podle něm. zákona obč. Mnohé předpisy jeho stojí tu podobné aplikaci v cestě. Tak zejména § 1172, že vlastníci mohou při simultánní hypotece rozdělovací kvoty libovolně upraviti, a teprve není-li to ujednáno, že se mají upraviti podle hodnot hypotek, předchozí závady odpočítávajíc. Stanovisku našemu odporují také všechny ty předpisy, které vlastníkovu hypoteku ničí (§§ 1173—1175), dále i ten, podle něhož jen jediný vlastník hypoteku získá (§ 1173). Kardinálním nedostatkem pak vůbec je, že německé zákonodárství regresu mezi hypotekami vůbec postrádá.

Teprve po výkonu postihu připadla by simultánní hypoteka společně všem vlastníkům. Mohli by jí buď společně disponovati nebo žádati, aby se podle zásad § 222 ex. ř. mezi ně rozvrhla.

---

# LITERATURA.

## Římské právo.

**Wlassak Moriz,** Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes. Akademie der Wissenschaften in Wien: Philos. hist. Klasse: Sitzungsberichte, 197. Band. 4. Abt. — Vídeň, 1921, 311. str.

Pro řádný civilní proces římský doby klasické a starší význačnou jest nutná dvojitost soudního řízení. Toto rozpadá se, jak známo, nezbytně ve dvě polovice proti sobě přesně uzavřené. Jádrem prvního, jež odehrává se »in iure«, t. j. před magistratem, nositelem to státní soudní výsosti, jest určení právní rozepře usnesením prvoucích stran, prohlášeným formulí již jim byl magistrat povolil (iudicium actionem dare). Druhý oddíl procesu koná se před důvěrníkem stran, od nich za soudce zvoleného a od magistrata připuštěného (iudex privatus). Účelem tohoto přelíčení »apud iudicem« jest podrobné vyšetření právní

rozepře a rozhodnutí její rozsudkem soudcovým (sententia iudicis), vypraveným donucovací mocí státní. Které bylo a jak vypadalo pojítko, jímž spiaty byly obě tyto polovice římského procesu soukromého? Tato naléhavá otázka jest to, k níž chtěl především odpověděti svou nejnovější prací vynikající učenec, jenž nám již tolik záhad onoho procesu šťastně rozluštil. Odpověď spisovatelova zní, abychom to řekli hned, že pojítkem tím jest magistratský rozkaz judikační (iussum iudicandi), t. j. úřední rozkaz svědčící porotcovi: v určitém právním sporu věci vyšetřiti a pak rozhodnouti. Dosavadní literatuře tento magistratní rozkaz není zcela neznámý, ale jako samostatný tvar jest prokázán a popsán teprve v přítomné stati.

Pro starší proces občanský, pro legisakci, scházejí spolehlivá přímá svědectví o tom, jaký to byl most, jenž tu spojoval určení právní rozepře in iure s řízením apud iudicem, úplně. Nelze proto přisvědčiti obzvláště ani učení (Keller), jež odkazuje v té věci na svědky přibírané k legisakci, připisujíc jim úkol zprostředkovati soudci vědomost o průpovědných formách, užitých in iure, ani nauce (E. I. Bekker), podle níž k legisakci přistupovala formule, povolaná tu k tomu, aby reprodukovala procesní jednání in iure (kap. I. str. 4--10). K bezpečnějšímu výsledku pro dobu starší lze dospěti závěrem ze zpětného usuzování z mladšího řádu na podobné zařízení v starším řízení soudním, čímž by pak nauce sp. o judikačním rozkazu, odůvodněné pro proces s písemnou formulí, byla sjednána platnost i pro legiskaci (str. 13. 344).

V procesu per formulas jest podle mínění podnes velmi rozšířeného magistratské iudicare iubere obsaženo již v samé procesní formuli. Vycházejíce z názoru, že formula (concepta verba) jest písemným nařízením, daným od praetora porotci, spatřují mnozí rozkaz judikační vysloveným v zahajovacích slovech jejích »(L. Octavius) iudex esto« nebo v alternativě znějící condemnatio: »(Si paret)... condemna, si non paret absolve« (kap. II str. 10—14). Že míněni to jest nepřijatelné, snaží se sp. v kap. III—V (str. 14—58) prokázati zvláště pronikavou kritikou názorů, jež projevil v té věci zastance onoho učení H. Busz v disertaci »Die Form der Libiscontestatio im klass. röm. Recht (1907)«, str. 45 ns. Spisovatel tento, trvaje na tom, že »iussum iudicandi« tak jako dosazení soudcovo jest obsaženo ve formuli, jsouc tu vyjádřeno slovy jejími »condemna — absolve«, uvádí jako nejdůležitější doklad zákon Rubriův 1, 21 ns. (c. 20): »dum in ea verba... iudicium det itaque iudicare iubeat: Iudex esto. Sei... oporteret... iudex... condemnato) s. n. p. absolvito«. Že, jak Busz tvrdí, řečené »itaque iudicare iubeat«, jest nezbytně vztahovati na následující slova (na slova formule), uznává Wlassak za správné, vítá je však jako jasný doklad svého dávného tvrzení (r. 1891), že k »iussum iudicandi« úředník měl připojiti opis formule. »Nařizujeť lex Rubria municipijnímu magistratu »in ea verba (jež následují jako vzorec) povoliti ustavení procesu (iudicium dare) a tak (itaque), tedy zase in »ea verba soudci přikázati judikování« ...str. 17). Proti tomu však, že by

procesná formule, jak ji přijímá Busz, nebyla nic jiného, nežli od úředníka vydaný rozkaz, aby soudce vyšetřoval a rozhodl, Wlassak právem namítá, že by slovy zákona »in ea verba . . . iudicium det« bylo již pověděno vše potřebné a následující »iudicium det« pouhým opakováním, kterýžto výklad prohlašuje Wlassak z mnoha důvodů za zcela nepřípustný (str. 17 ns.). Obzvláště padá na váhu, že »iudicium dare« a »iudicare iubere« jsou úkony zcela různorodé, jeden předcházející kontestaci, druhý po ni následující. »Iudicium dare« tak jako »iudicemdare«, jež místo onoho se vyskytuje v lex Iulia repetundarum = permittere, »iudicare iubere« však rozkaz vypravený mocí donucovací (»cogere«, sr. l. Rubria c. 20 l. 16 sv.: »iudicareque iubeto cogito). Dále to nejsou tytéž osoby, jež tu a tam platí za příjemce prohlášení. »Iussum« obrací se pouze k soudci. Při iudicium dare« mohou býti myšleny jako příjemci pouze strany, což nebylo od našich učenců nikdy popíráno a potvrzuje se četnými svědectvími, jež v té věci W. uvádí (str. 18—23). Jaký pak jest pravý smysl výrazů »iubere ut iudicet« nebo »iudicare iubere«? Po soudu W. neznamenají slova tato nic jiného, nežli úřední vyzvání, aby vyzvaný v jednotlivém případě konal službu soudcovskou a tak vyhověl povinnosti, jež počítá se k všeobecným břemenům občanským (munera nebo officia civilia; sr. výrazy »iudicandi onus, munus nebo »officium«). Ke splnění této povinnosti donutiti jest věcí magistratovou (sr. l. Rubria c. 20 l. 19 m. iudicare iubeto cogito.

V kap. IV (str. 31—45) sp. zabývá se s mluvou desky z Ateste, odchylnou značně od slohu v l. Rubria. Magistratovi ukládají se v oné desce tři úkony jdoucí po sobě v tomto pořádku: »iudicem arbitrumve addicere dare«, »iudicium fieri«, t. j. ustavení procesu a iudicium exerceri« (fr. West l. 6—9). Co se posléz uvedeného »iudicium exercere« dotýče, ukazuje sp., že jak v zákonech tak i v literatuře doby sklonku republiky ona slova znamenají čistě úřednickou činnost, podrobněji úřední přípravu a řízení veřejného procesu. Využitkuje tohoto výsledku k vysvětlení smyslu oněch slov v zákoně zlomku atestského, spadajícím do stejné doby, dospívá sp. k tvrzení, že jako obsah onoho »iudicium exercere« zbývá především rozkaz judikační a s ním související dozor nad procesem.

V kap. V (str. 46—58) pokračuje sp. ve výkladu textů pramenných, jež podle slov užitých jednají o »iussum iudicandi«. Lex col. Genetivae c. 95 zmiňuje se častěji o judikačním rozkazu, ale kapitola tato nevztahovala se k iudicium privatum. Též Cicero in Verr. 2. 12, 30 ns. sem nepatří, ovšem ale Cicero de leg. 3, 3, 8.

Předmětem výkladů sp. v kap. VI (str 59—84) jsou výroky pramenů, uvádějící úřední rozkaz judikační, spojený s nařízením doby, ve které soudce má úkol svůj provésti. Ale Gell. 12, 13, 1, Ulpian D. 5, 1, 32 a D. 5, 1, 2, 2 nevztahují se k procesu soukromému, nýbrž k procesu kogničnímu (extraordinaria cognitio) doby klassické a v nich vystupující »iudex ad tempus datus« není »iudex privatus«, nýbrž podsoudce od úředníka nebo od císaře dosazený (iudex datus). V jediném klasi-

ckém textu jest judikačnímu rozkazu připojené časové omezení dosvědčeno i pro proces per formulas, a to v Ulp. D. 2. 1, 13. Jak se pak má takové ukládání končící lhůty rozsudku k zákonnému časovému omezení procesu s formulemi (Gai. 4, 109), vykládá sp. obšírněji na str. 70—84.

S jiným vedlejším ustanovením rozkazu judikačního, s určením místa pro řízení apud iudicem, sp. zabývá se v kap. VII (str. 84 až 118). Že takové určení místní může býti pojato do iussum iudicandi, jest přímo pověděno v Ulp. D. 5, 1, 59. Které však místo může praetor ustanoviti pro provádění procesu? V té věci připouští, jak sp. soudí, dosti bezpečný závěr Ulp. D. 1, 12, 3 pravící, že »praefectus urbi... extra urbem potest iubere iudicare«, jestliže se sp. oním praefektem rozumíme z doby královské pochodícího zástupce nepřítomných vrchních magistratů, zvaného úplněji »praefectus inri dicundo«, před nímž byly ustaveny civilní procesyper formulas a sub uno iudice jako před městským praetorem. Co bylo dovoleno zástupci bylo zajisté také v moci zastoupeného magistrata a bylo tedy zajisté obzvláště praetorovi městskému volno dodatkem k rozkazu judikačnímu, určiti pro projednání procesu jiné místo nežli město Řím. Může však praetor urbanus proces ustavený v Římě odkázati k rozhodnutí do kteréhokoli místa v území státním, na př. do italského města nebo dokonce do provinčního? Sp. uvažuje o místních mezích působnosti praetorovy, dochází k učení zajisté správnému, že městskému praetorovi příslušela soudní výsost v celé Italii ba i v provinciích a nedaji se tedy také pro místní určení při iudicare iubere ospravedlniti jiné užší hranice, nežli všeobecné hranice římského panství a nebylo proto asi závady, proč by byl praetor urbanus nemohl vedlejším ustanovením v rozkazu judikatním projednání a vyřízení procesu, ustaveného v Římě, přeložiti do provincie. O takovém magistratském zaslání procesu s formulemi, ustaveného v Římě, do provincie zmiňují se skutečně pandekty dvakráte, a to v D. 5, 1, 28, 4 a v D. 5, 1, 2, 3. V prvém místě uvádí Paulus, že, je-li nebezpečí, že by actio temporalis proti vyslanci provinčnímu, majícimu privilegium revocandi domum, projitím doby zaniklo, »causa cognita in eum judicium praetor dare debet, ut lis contestetur ita, ut in provinciam transferatur.« Litiskonteslace má se tu předsevzíti v Římě, ale ustavený spor ihned k vyšetření a rozhodnutí odkázati do provinční vlasti žalovaného. Ježto však podle nezvratných svědectví kusem litiskontestace jest také dosazení soudcovo, jest předpokládati, že i v případě řečené »translatio litis in provinciam« soudce byl dosazen již v Římě a odtud vyslán do provincie. Soudce takový jest pak ze řad těch, kteří u Ulp. D. 5, 1, 2, 3 uvádějí se jako ti, »qui iudicandi causa sunt in provinciam destinati.«

Wlassakovým výkladem uvedeného místa Paul. D. 5, 1, 28, 4 padá hlavní opora velice rozšířeného učení, že litis contestatio mohla býti uvedena ve skutek též formulí, v níž judex jmenován nebyl. Shledávali totiž zastanci tohoto učení v onom místě případ, kdy litis contestatio měla býti předsevzata v Římě, kontestovaný proces však se roz-

hodnouti v provincii od soudce teprve tam jmenovaného. Ježto pak i ostatní k potvrzení řečeného učení uváděná místa pandektní nic nedokazují, může W. pokus, formuli soudce postrádající, jíž by měla býti lis contestata, doložiti z pandekt, prohlásili za zcela nepodařený. Ovšem zbývá ještě jeden důvod, na nějž Lenel a jiní po něm kladou velkou váhu, t. j. okolnost ta, že ve vzorcích pro procesné formule, uvedených v lex Rubria a u Gaja, schází jméno soudcovo a uvádí se v čele formule bezejmenné »iudex esto«, kdežto přece vložena jsou smýšlená jména stran a místa. Ale proti tomu svědectví staví W. ještě jiné, a to zajisté závažnější. V jediné, starověkým podáním zachované, pro jednotlivý případ složené a úplně vyplněné formuli procesné u Cic. in Verr. 2, 12, 31 zahajuje se formule slovy »L. Octavius iudex esto«. Posleze pokouší se W. vyvrátiti úvahy užitečnostmi, jimiž Lenel hledá své učení učiniti pravděpodobným, obzvláště námitku, že by jmenování podotcovo za jeho nepřítomnosti bylo vedlo k největším nesrovnalostem.

V kap. VIII. (str. 118—137) a IX. (str. 137—141) předvádí sp. několik málo svědectví, která přímo vytýkají »iussum« jako pojítko v procesu veřejném. Sem patří především dva řádky (9., 10.) z latinského zákona tabule Bantinské: »praetor recuperatores dato, inbetoque eum, sei ita pariat, condumnari populo, facitoque ioudicetur«. Sp. přesvědčivě vykládá, že zde jde o pokutu, dobývanou procesem veřejného práva, v němž nevyskytuje se ani litis contestatio ani formula, ba ani iudex privatus. Rovněž dvoudílné řízení s rekuperatory v táboře Scipionově ve sporu o »corona muralis«, o němž vypravuje Livius 26, 5—13, jest naprosto rozdílné od »privatum iudicium«.

Sp. upozorniv v kap. 10 (str. 142—152) nejprve na to, že klasický proces s formulemi není nikterak útvarem jednoduchým, nýbrž spíše spletí různorodých věcí, živlů soukromoprávních a veřejnoprávních, shledává dvojakost onoho procesu vyjádřenu nejzřetelněji v určení pojmu a vysvětlení jména iudicia imperiálního u Gaja (4, 105). Gajus tu dává judiciu vzniknouti ze smlouvy stran, ale tvrdí zároveň, že iudicium zakládá se na magistratském »praecipere«. Při tomto »praecipere« Gajus myslil nezbytně, jak sp. soudí, na iussum nařizující judikaci. Naproti tomu o »condemnari iuberi« jiného textu Gajova, zachovaného v pandektách (D. 21, 1, 45), Wlassak pronikavým výkladem tohoto velmi záhadného místa v kap. XI. (str. 152—166) nás poučuje, že ono vztahuje se na vyhlášený text procesného formuláře nebo ediktu, nikoli na judikační rozkaz, jenž obrací se v jednotlivém případě na určitého soudce. V souvislosti té vzpomíná sp. ještě posledního pramenného svědectví pro iussum iudicandi, Cels. D. 41, 1, 39, kdež uvádějí se »tres iudices iudicare iussi«, jimiž míněni jsou spíše iudices privati nežli úředně jmenovaní podsoudcové.

Zvláštní pozornost věnuje sp. v kap. XII (str. 166—186) zlomku z Juliana D. 5, 1, 74, 1, jenž zní »Iudex qui usque ad certam pecuniam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat«. Kdybychom řečeným »iudex iussus« rozuměli, jak to mnozí činí, soudce sokroměho, musili bychom fr. 74, 1 cit. při-

počísti k svědectvím, jednajícím o úředním rozkazu judikačním. Ale sp. prokazuje, že pojímání to jest zcela pochybené. Potřev pak i jiné pokusy výkladu, doličuje přesvědčivě, že slovo »iudex« jest tu vloženo od kompilatorů a pravý text jednal o duoviri iure dicundo, »iussum« fragm. 74, 1 pak že jest nařízení v lex publica populi Romani.

Protikladem k judikačnímu rozkazu jest judikační zákaz (iudicare vetare). Jemu věnována jest kap. XIII (str. 187—241). Paul. D. 5, 1, 58 (Iudicium solvitur vetante eo qui iudicare iusserat etc.) dosvědčuje zákaz ten pro proces s formulemi, Paul. D. 5, 1, 12 pr. pro procesy práva veřejného. Od judikačního zákazu fr. 58 cit. ostře lišiti jest magistratskou intercesi, k níž jest oprávněna par maiorve potestas. Ono právo judikačního zákazu jest výronem dozoru, jenž přísluší úředníku qui iudicare iussit, a náleží též nositeli silnějšího imperia in eadem iurisdictione. Judikační zákaz dá se přirovnati odvolání soukromého a jurisdikčního mandata. Jako toto odvolání platí pouze, stane-li se re integra, tak účinkuje zákaz judikační, jen když judicare není již vyřízena. Obzvláště jest rozsudek soukromého soudce (sententia iudicis) neodvolatelným. Co se pak účinku zákazu judikačního dotýče, záleží on zpravidla v záměně osoby soudcovy. Toto »mutare iudicem«, jež římští právníci podřazují pojmu »transferre iudicium«, ponechává jednotu procesu nedotčenu.

Poslední odstavec, kap. XIV (str. 241—261), má jednotlivé výsledky, jichž se sp. v tomto spisu dopracoval, stručně shrnouti a ještě jednou na paměť uvésti. Jsou to hlavně tyto:

1. Pouze úředník může bezpečným způsobem spojiti oba oddíly řízení v jeden celek. Činí to tím, že vydá judikační rozkaz, svědčící soudci soukromému. K tomuto »iudicari iubere« byla nepochybně připojena procesná formula, jež, byvši od magistrata stranám povolena (iudicium dare), měla platiti také jako procesný předpis státem schválený. Soudci bylo tím také umožněno, srovnáním obdrženého exempláře formule s exempláři, předloženými jemu od stran, zkoumati pravost textu formule.

2. Judikační rozkaz zneuznává se namnoze v dnešní literatuře. Prapodivné jest obzvláště poblouznění, které »iudicium dare« a »iudicare iubere« klade sobě na roveň. Od »iussum iudicandi« zcela zřetelně oddělené a vedle něho jmenované »iudicium dare« nalézá se také v procesu veřejném. S něčím podobným setkáváme se pak ještě v mezinárodním rozhodčím soudnictví senatu a v římsko-egyptském procesu úředním ve věcech civilních.

3. Formula stává se judikačním rozkazem pro soudce předpisem procesným.

4. Nezbytno jest oddělovati na poli římských procesů přesně právo soukromé a veřejné. Proti pokusu zde zastříti hranice mezi oběma obory práva nebo je dokonce úplně zrušiti, klade se v přítomném spise odpor s velikým důrazem.

V sedmi přílohách, jimiž jest spis opatřen (str. 264—287), sp. podává doplňky k výkladům v některých kapitolách, používaje jich zvláště

také k tomu, aby obhájil v nich některé své starší these proti útokům na ně učiněným, jako své učení o poměru zákona Lex Iulia iudiciorum privatorum k L. Aebutia (příl. V), o domnělém municipijním soudním řádu Augustově (příl. VI) a o iudicium legitimum (příl. VIII).

K spisu přičinil autor po svém chvalném způsobu velmi podrobný a důkladný věcný rejstřík (str. 290—297,) z něhož znovu poznamenáváme s obdivem, jak bohatý jest obsah knihy a jak četné jsou otázky, v něž sp. vzácným důmyslem, jemu vlastním, vnáší nové jasné světlo. Následuje pak ještě rejstřík pramenů (str. 298—306) a seznam příspěvků ke kritice pramenů (str. 306). **L. Heyrovský.**

## Církevní právo.

Dr. Henner Kamil, Základy práva kanonického. Již v červenci 1918 vydal prof. Dr. Kamil Hener první sešit svých Základů práva kanonického, část druhou, právo platné. Jak autor v předmluvě uvádí, je jeho snahou seznámiti posluchače s novým platným právem kanonickým. Proto též začal s vydáváním části druhé, práva platného, ponechav vylíčení vůdčích zásad Základů až po jejich ukončení. Do první části, jež bude následovati po dokončení platného práva kanonického, odsunul dějiny práva kanonického a jistě i poměru církve a státu. Uvážíme-li, že první tento sešit byl zpracován a vyšel za války, v době, kdy, jak autor sám podotýká, nebylo u nás vydání Kodexu s poznámkami Gasparriho po ruce, neupřeme uznání jemu, jenž tak záhy po vyjití Kodexu seznamuje své žáky a čtenáře s jeho obsahem. Jeho Základy se tak řadí mezi první systematické líčení Kodexu vůbec, třebaže zvláště Italie a Francie měly daleko dříve Kodex poznámkami opatřený po ruce. Zatím co kodicistika v cizině je převážně komentátorská, neboť autoři mají k disposici indikaci použitých pramenů, Henner ve vydané části, zpracovává objektivně platné právo kanonické. Drží se při tom uspořádání Kodexového. Subjektivní vylíčení a historickou část ponechává na konec. K příslušným partiím práva kanonického připojuje v přehledu předpisy církevního práva státního, čímž jeho základy se stávají nepostradatelnou pomůckou církevní a státní administrativy. Novelisace manželského práva způsobila, že v druhém sešitě svých Základů, prvého vydání, z r. 1919, kde též obsaženo právo manželské, byl nucen upustiti od spojování církevních a církevně státních předpisů a odsunouti vylíčení státního práva manželského do sešitu třetího (1920). Ve druhém vydání sešitu prvního a druhého (1921), vydaného v jednom, odstranil nepřehlednost částečně tím vzniklou a zařídil příslušná ustanovení státního práva manželského k patřičným částem církevně právním. K poměrům slovenským přihlíženo není pro částečnou nepřístupnost příslušných zákonů a nařízení.

Patrno tudíž, že úkol autorův nebyl nikterak snadný. Chtěl-li poměrně v krátké době seznámiti interessenty se změnami, které novým

Kodexem nastaly, způsobem látku vyčerpávajícím, nemohl zvoliti jiný postup než objektivní metodu pozorovatele, jenž neztrácí se zřetele ducha a systematiku celku a postupně, dodržuje systematiku Kodexu, jednotlivé jeho partie zpracovává.

Přirozeně je nemožno, aby vzácné subjektivní pojetí ducha církevního práva, jež známe zdřívějších Hennerových prací, bylo již v tomto oddílu práva positivního vyjádřeno. Učitel na čas zatlačil osobitost autorovu. Přes to nese i toto vylíčení positivního práva jeho pečeť: přehlednost, jasnost a příléhavost dikce. — Nelze nám ještě podrobovati rozboru jednotlivosti díla nehotového, zvláště když vlastní, osobní stanovisko autorovo z něho nevysvítá. Henner až posud zachovavá objektivitu. Konstatuje všude, kde církevní a státní normy jsou v rozporu, suverenitu norem státních. I zde je přísným positivitou, stanovisko to, které zjevně je u něho dominující.

V posud vydaných třech sešitech II. dílu Základů (1.—2. sešit II. vyd. 1921; 3. seš. I. vyd. 1920) dospěl až k 4. knize Kodexu, De processibus, jejíž zpracování, spolu s 5. knihou, De delictis et de poenis je předmětem sešitů příštích. Ze zpracované látky, kde zachována převážně systematika Kodexu, sluší vyzdvihnouti, že nezatížil Základy vylíčením předpisů o svátostech, omeziv se na stručný přehled nejnutnějších předpisů (seš. 2., str. 205—209). Jedině předpisům práva manželského, které Kodex zařadil do oddílu o svátostech, věnoval převážnou část seš. 2., 209—280. Při stávajícím systému fakultativního manželství lze jen vítati zevrubné vylíčení státních norem práva manželského.

Obsah vydaných sešitů je, seš. I. (1—30): Úvod: Církev a právo církevní. Prameny poznání a vzniku církevního práva (platného). Některá všeobecná ustanovení Kodexu. Ústava církevní (31—172) Členství v církvi, hierarchie církevní (ordinis a jurisdikcionis). Jednotlivé úřady církevní (po stránce osobní a věcné; patronát).

Seš. II. (173—280): Ústava řeholí, laici; správa církevní. Svátosti: biřmování, eucharistie, zpověď, manželství (křest jakožto základ členství v církvi projednán hned s počátku při členství v církvi).

Ze 4. knihy — části processní — připojeno již zde z důvodů systematiky řízení ve věcech manželských.

Sešit třetí (1. vyd.) obsahuje vedle státního práva manželského, přesunutého již ve II. vyd. do seš. 2. (267—285), ustanovení o posvátném času a místech a o kultu božském (285—297), předpisy o církevním učení (katechese, semináře, školy, censura, 297—307) a právo majetkové, všeobecné i zvláštní (307—342).

Naší literatuře právnické se tím konečně dostává prvního samostatného systému práva kanonického, které vystřídá překlad učebnice Rittnerovy. Při notorickém nedostatku systematických učebnic vědeckých na naší universitě znamená to pozoruhodný pokrok, zvláště když toto dílo, zpracované za tak značných obtíží časových a nepřístupnosti cizí literatury, i svou kvalitou i časově se řaditi může mezi první díla toho druhu.
**V. B.**

———

## Právní dějiny.

Kutrzeba Stanisław, Dawne polskie prawo sądowe w zarysie. (Prawo karne II. Postępek sądowy) Lwów, 1921, str. 112.

Po přípravných studijích, z nichž nejobsáhlejším jest Mężobójstwo w prawie polskiem XIV. a XV. wieku prof. Kutrzeba vydává příručku pro univ. posluchače. Ač polské právo má již hojně literatury z dějin trestního práva i z dějin procesu, čerpal autor ve své knize i přímo z pramenů. A tu mu byly zvláště důležitým pramenem právním soudní knihy, jichž v Polsku zachovalo se v míře velmi hojné.

První část knihy obsahuje vylíčení trestního práva. Autor objasňuje nejprve pojem trestního činu. Polské právo nemělo tu ustálené terminologie. Trestním činem nazýván jest přestupek proti bohu a za státu patriarchálního jest jím osobní urážka panujícího. Již tehdy pojato v pojem trestního činu porušení míru. To pojetí však vyvinulo se později. Trestní činy počaly se lišiti na veřejné a soukromé. Veřejnými byly ty, které směřovaly proti panujícímu, proti státu, proti vojsku, proti fisku nebo proti veřejnému pokoji. Všechny ostatní byly soukromé, leč by i jimi zájmy státu byly dotčeny. Kdežto při veřejných trestních činech následovalo stihání veřejnými orgány, při soukromých bylo ponecháno zadostiučinění toliko poškozenému. Jen v některých případech byla spojena s trestním činem soukromým také veřejná pokuta zvaná ve Velkopolsce »pokupem«. Pokuta taková byla ukládána, byl-li spáchán trestní čin proti určitým osobám chráněným mírem, na př. proti ženám (tu se zvala »ruszyca« neb »rucha«), proti Židům a proti soudním úředníkům, neb byl-li trestní čin vykonán na určitých místech (na tržištích, soudech, cestách a j.). Rozdíl mezi trestnými činy soukromými a veřejnými později mizí. Význam jeho však se zachoval i později při určitých trestních činech, při nichž bylo třeba ku stihání obžaloby. Autor probírá pak příčinný vztah, který byl daleko rozsáhlejší než v novém právu. Odpovídal tu na př. i vlastník za určité předměty (na př. spadl-li kdo do řeky a utopil se, odpovídal za jeho smrt vlastník řeky). Polské právo znalo též odpovědnost pána za zvířata i za sloužící. Teprve později odpovědnost omezována. Polské právo neznalo pokusu, znalo však odpovědnost kollektivnou celých rodů, opolí, vesnic a měst. Pokud jde o vinu, uznávalo původně polské právo vinu objektivnou. Až do 15. stol. nerůznilo zlého úmyslu od viny neúmyslné a náhody. Rozdíly ty objevily se především při usmrcení člověka (mężobójstwo). Pokud jde o spoluúčast více osob, byli nejprve trestáni všichni účastníci stejně. Teprve později odlišován viník od pomocníků, ale pouze procesuálně, t. j. pomocníkům bylo volno očistiti se přísahou. Bylo to nutno, aby vývojem procesní otázka stala se materielně právní. Druhem pomoci byla též tlupa. Tu stihán především ten, kdo tlupu organisoval. Také pojem pomoci poskytované po trestním činu byl v právu polském širší. Byl v něm zahrnut na př. i případ, kdy nebyl trestní čin oznámen, ač byla při něm tato povinnost a j. Sem náležel též případ, neposkytl-li pán místa právu na soudě patrimoniálním. Polské právo znalo i případy vyloučené trest-

nosti, a to: 1. vzhledem k osobě, vůči které bylo se dopuštěno trestního činu (na př. při trestních činech vůči nevěstkám, osobám bez práva), 2. vzhledem k charakteru samého činu, na př. usmrtil-li věřitel dlužníka při výkonu exekuce. Trestnost byla vyloučena také, byl-li strestán pachatel při činu. Beztrestný byl také t. zv. »początek«, t. j. ranění neb usmrcení, dal-li raněný neb usmrcený podnět (»z początku, ex initio« raněného). Autor přichází pak k jednotlivým trestním činům. Trestní činy proti státu byly známy ode dávna, ale pojem jejich byl vytčen teprve v poslední době, což souvisí s normováním pojmu státu. Tak existoval pojem zrady, v němž zahrnuta byla řada dnes samostatných trestních činů. Mezi veřejné trestní činy stíhané státem náležela »łotrowstwa« (latrocinia), kterými byly násilí na veřejných cestách a krádež. Státní mocí stíhány také některé trestní činy proti katolickému náboženství jako cizoložství, nedodržení postu a odpadnutí víry. Jinou skupinu tvořilo násilí. Trestný čin ten byl soukromoprávní s výjimkou lotrovstva. Dalšími trestními činy bylo usmrcení, rány a souboj, který však se objevil teprve později jako trestný čin. Proti majetku směřovalo žhářství a krádež. Pojem podvodu se přesně nevyvinul, toliko falšování vah a měr bylo podrobněji vytknuto. Vlivem vyvinutého pojmu šlechtické cti, zdokonalen byl pojem trestních činů proti cti.

V době, kdy nebylo vyvinuto stíhání trestních činů státní mocí, byla dovolena msta a zvláště při usmrcení. Byla pak vykonávána mezi celými rody bez určitých pravidel. Časem bylo vyžadováno vyzvání k boji. Dohoda, jež směřovala k ukončení boje, zvala se »jednáním«. Rody pak uzavíraly úmluvy o pokutě a okupu. Výkon msty stal se symbolickým v »pokoře«, která byla odprošením příbuzných zabitého za určitých formálností. S pokorou spojen »okup«, t. j. materielní zadostiučinění, jež zváno při usmrcení člověka »główszczyzna«. Ještě později objevují se přežitky msty při dopadení při činu a při t. zv. początku. Když stát upravil trestnost, pečoval i o to, aby poškozenému dostalo se zadostiučinění. To bylo obyčejně vyměřeno peněžně (t. zv. »plat«, při usmrcení člověka »główszczyzna«, v jiných případech, zvl. při ranách »nawiązka«).

Také první pojetí trestu mocí veřejnou záleželo ve vykonání msty, t. j. ve zničení zločince. Již koncem 10. stol. nastoupila další fáze vývoje: zločinci způsobuje se stejná křivda, jaké byl příčinou. Ve 12. stol. vyvinul se systém trestů peněžních, t. zv. systém komposiční. V 15. stol. nastoupila doba trestů velmi přísných. Až do konce samostatnosti Polska trval systém odstrašovací a systém komposiční. Autor uvádí pak jednotlivé způsoby trestu: trest smrti, vyhnanství, tresty tělesné, trest vězení ve věži, tresty na cti a tresty peněžní. Ve výměře trestu neměl soudce zprvu volnosti. Okolnostmi přitěžujícími bylo dopadení při činu, recidiva a spáchání činu na určitých místech (na př. v kostele). Ve výměře trestu měla vliv i příslušnost k určitému stavu. Trest pomíjel uplynutím času a pak prominutím vládcovým, zvaným »prawem łaski«.

Ve druhé části prof. Kutrzeba pojednává o procesu. Jak uvedeno, také proces vyvíjel se právem obyčejovým. Přes to však pro

proces byl r. 1506 sepsán »Processus juris«. Ježto však tento spis nevyčerpal všech otázek, byl proces upraven r. 1523 v t. zv. Formula processus. Kodifikace ta, ač dály se pokusy o její doplnění a opravení, zůstala v platnosti až do konce samostatnosti Polsky. — V nejstarší době byla ingerence soudu velmi omezena. Stranám bylo zůstaveno, aby i bez soudního řízení mezi sebou se vyrovnaly. I později, když soudní řízení nabylo převahy, exekuce ponechána stranam. Teprve věk 15. uplatnil exekuci státní. Polský proces vyvinul se podle autora bez vnějších vlivů. Jeho nejdůležitější znaky byly: 1. byl týž jak pro civilní, tak i pro trestní pře, 2. platila zásada soukromožalobní, 3. zásada veřejnosti a ústnosti, 4. trpěl však proces polský formálnostmi a tím že omezena byla volnost uvažování důkazů. Konečně 5. byl v právu polském vyvinutý, od ostatního řízení oddělený proces exekuční. Právo polské uznávalo způsobilost býti stranou jak u osob fysických, tak u osob právnických. Nezpůsobilí byli nedospělí, ženy, choří na mysli a psanci. Byly tu ovšem rozdíly, vystupovaly-li tyto osoby jako žalující či jako žalovaní. V oddíle tomto pojednává autor dále o změně strany v procesu a o zastoupení, které bylo hojně připuštěno, a proto vyvinuly se podrobné předpisy o zástupcích. Půhon (pozew) byl v nejstarši době ústní, později vůči šlechticům předepsána forma písemná, ač i později byly připuštěny půhony ústní. Půhon doručoval úředník zvaný ve XII. stol. komorníkem, ve XIII. stolč. woźny. Doručování půhonu upomíná na české právo. Polské právo zná také podobný způsob půhonu, jako byl v českém právu půhon trhem — úředník vyzíval pohnaného veřejně na rynku krajského města »u słupa«. Že půhon byl doručen, zapsáno do zvláštních knih půhonných (libri neb protocolla relationum, positarum citationum). Formálnost procesu projevila se v přesné formě půhonu. Vada formulace činila půhon bezúčinným. Nedostavivši se platil pokutu, leč by byl měl omluvu jako nemoc neb t. zv. o większe, t. j. měla-li strana téhož dne spor o větší sumu jinde a j. Upozorniti jest tu na podobné výrazy práva českého a polského: nedostavil-li se kdo před soud a druhá strana při získala, nazván ten případ ustaniem a rok zval se rokem ustaným.

Vlastní pře před soudem dály se v pořádku, jak následovaly za sebou půhony. Vedena proto zvláštní regesta. Obrany mohl vznésti obžalovaný před vlastním meritorním sporem. Excepce byly buď peremptorní nebo dilatorní. Mezi prvé náležely exceptio rei iudicatae, exceptio praescriptionis a t. zv. fatalia iuris, t. j. nepokračoval-li žalobce do roka a 6 neděl v začatém již sporu. Mezi dilatorní náležela nepříslušnost soudu, nesprávnost půhonu a j. V těchto případech nezanikala pře, žalobce však musel vznésti žalobu znovu. Pře nemusela skončiti jediným líčením, nýbrž mohla pokračovati i po více líčení. Ve sporu buď žalobce »dobił się«, t. j. při vyhrál, neb pohnaný »odbił się«, t. j. byl osvobozen.

Rozsudek dál se buď na základě přiznání stran neb na základě jiného dokazování. Usvědčování dálo se také v Polsku v nejstarší době božími soudy, jichž zřízení v Polsku zvláště bylo vylíčeno v právní knize z XIII. stol. Také v polském právu jako v českém byly podobné před-

pisy o přísaze. Význam pro usvědčení měla »vizja«, t. j. ohledání věci, »lico«, t. j. přistižení zloděje s kradenou věcí, dále t. zv. wztecz, t. j. odvolávali-li se strana, že pře byla již rozsouzena, výpověď soudce, který při rozsuzoval, a posléze i listiny, které jako důkaz připuštěny již ve XIII. stol.

Zprvu vynesením výroku, jak již poznamenáno, končila se ingerence soudní, a výkon rozsudku ponechán úplně straně. Teprve ve statutech Kazimíra Vel. byla upravena i otázka exekuce. Exekuce směřovala jak proti osobě, tak proti majetku odsouzeného. Osobní exekuce záležela v nevolnictví odsouzeného nebo v omezení jeho svobody, jehož formou byla t. zv. załoga, v které vystupoval moment materielních výloh spojených s ležením. Exekuce osobní zůstala v platnosti ještě i později proti těm, proti nimž nemohla se uplatniti majetková exekuce, t. j. hlavně proti neusedlým (»tkáčatům« v čes. právu) neb proti těm vůbec, kteří nemohli vyplniti rozsudku. To platilo ještě podle statutu Kazimíra Vel.

Teprve v XV. stol. vyvinula se exekuce veřejná zatlačujíc exekuci soukromou do pozadí. Prof. Kutrzeba tu podle jednotlivých období probírá vývoj exekuce. Strana mohla proti rozsudku činiti námitky u téže instance, na př. nevěděla-li o procesu, nebo vyskytly-li se okolnosti porušující předpisy procesní. Nebylo apelace k vyšímu soudu. Strana nespokojená s výrokem mohla vystoupiti proti svému soudci ,t. j. »naganić go« (motio iudicis). Spor ten byl nejprve vyrovnáván soubojem mezi stranou a mezi soudcem, později soudem vyšším. Apelace stran k vyšším soudům vyvinuly se v XV. a XVI. stol. — Ku konci rozpravy uvedeny jsou ještě jiné procesy, které odlišují se od pravidelného soudního řízení. Jsou to proces hraničný, t. j. řízení při rozhraničování pozemků, proces směnečný, který jest teprve z r. 1775, a proces trestní. Zásadního rozdílu mezi procesem civilním a trestním nebylo. Byly však přes to odchylky, jež časem se vyvinuly a především co do trestání. Veřejný trestní čin byl nejprve stihán kastelány, za Kazimíra Vel. opravci, později úředníky zvanými instigátory. Při soukromých trestních činech vystupovali se žalobou ti, kteří měli na ní zájem. Aby však v takových případech zabráněno beztrestnosti, zvláště při usmrcení člověka, byly vydány různé předpisy ukládající povinnost příbuzným usmrceného vystoupiti se žalobou. Zvláštním způsobem řízení bylo řízení rugowe a t. zv. scrutinium (inkwizycja). První vznikla z něm. Rügeverfahren, druhé záleželo v tom, že soud vyslýchal přísežně svědky jmenované stranami. Svědkové byli povinni vypovídati. Řízení to dálo se obyčejně ve věcech cti a bylo pravidelně tajné. Tortury právo polské mnoho nepoužívalo, toliko při určitých trestních činech.

Kniha Kutrzebova má býti příručkou pro univ. posluchače. Tomu úkolu vyhovuje znamenitě. Vyniká jasností a přesnosti stilistickou, jako všechna díla Kutrzebova. Jest však více než pouze příručkou. Jest nejen prvním systematickým zpracováním polského práva trestního a polského procesu, nýbrž přináší i poznatky nové. Systémem svým mohla by býti

vzorem pro zpracování českého práva trestního a procesu, jež nemálo mají podobného s právem polským. Rauscher.

**Mototolescu Dumitru, Ius valachium in Polonia.** Bucuresti 1916. Stran 130.

Bývalý posluchač naší do nedávna jediné české university, p. Dr. Dimitr Mototolescu, zabývá se v nadepsané knize právem valašských (rumunských) kolonistů v Polsku, látkou zajímavou i pro slovanského právního historika. Také podepsaný obral si za předmět jedné ze svých monografií valašské právo. Kdežto však pro podepsaného jevilo se zvolené thema přitažlivým nejen po stránce právní, nýbrž kulturní vůbec — proto v úvodní části seznamuje české čtenářstvo s theoriemi o původu rumunského národa a jazyka —, interesovalo Dra Mototolescu valašské právo jen jako pozoruhodný právní zjev rumunského národa za hranicemi obou národních států, valašského a moldavského. Proto se obě zmíněné knihy svým obsahem značně od sebe liší.

Po kratším všeobecném úvodě o vlivu jednoho práva na druhé a po stručném přehledu politických poměrů v Sedmihradsku, kde se činí zmínka i o organisaci rumunského národa v této zemi, autor vykládá, co bylo valašské právo, jak vypadaly rumunské vesnice s hlediska hospodářského, podle čeho se poznají rumunské vesnice, jimž bylo povoleno valašské právo, jaké byly druhy a podstatné podmínky kolonisace a k jakým závazkům byli povinni vesničané vůči svým představeným, t. zv. knezům.

V dalších kapitolách vypisují se práva a povinnosti knezů a práva i povinnosti duchovních naproti obcím, pojednává se o rozdělení valašského kolonisačního území na t. zv. krajiny a o kompetenci krajníků, o historii knezovstev na půdě královské, o jich záměně za soukromé statky, o skupování knezovstev, o jich udělování ve formě doživotních rent a vůbec jich vývoji až do rozdělení Polska, jakož i o podobnostech mezi vesnicemi rumunskými na jedné straně a vesnicemi rusínskými a německými na straně druhé.

Ve druhé části své knihy autor všímá si valašského soudnictví.

Kniha je nám sympatická ze dvou důvodů. Především proto, že rumunský badatel obrací pozornost k sousedním národům slovanským, po druhé proto, že správně pochopil význam studia dějin slovanského práva pro poznání starého práva rumunského. Případně praví v předmluvě své monografie: »Nynější badání utvrdila ve mně přesvědčení, že historie starého rumunského práva nedá se budovati beze znalosti práva slovanského a německého, jakož i římsko-byzantinského a beze znalosti jazyků okolních států, poněvadž znalost pouhého práva římského a jazyka rumunského vede nás k vývodům mylným.«

Vítáme tato mužná slova, pronesená se strany rumunské ke čtenářstvu rumunskému, poněvadž dobře je nám známo, že důvody nepravého nacionalismu a neméně i důvody politické pořáde ještě brání rumunským právním historikům dojíti k jasnému poznání, že bez studia dějin práva slovanských národů nelze vážně mysliti na právní dějiny národa rumunského. Rumunští historikové nesmějí vidět nic zahanbujícího v tom, že

Rumuni brali svou kulturu nejen od Byzantinců, nýbrž také od Slovanů. Na tomto správném stanovisku stojí Dr. D. Mototolescu, a již v tom je vedle jeho píle záruka, že ve studiích svých dojde k žádoucímu cíli. Kniha jeho opírá se o četné prameny i o rozsáhlou literaturu, věnovanou probírané otázce. Úsudky jeho jsou samostatné. Nespokojujeť se míněními od jiných badatelů vyslovenými, nýbrž snaží se je revidovati. Definitivní úsudek o jeho názorech bude lze pronésti, až pojedná také o valašském právu v Sedmihradsku a Uhrách. Prozatím ukázal aspoň, že dovede vědecky pracovati a že užívá správné methody. **Karel Kadlec.**

---

## Obchodní právo.

**Krafft Agénor,** Les cautionnements des sociétés d'assurances et leur réglementation dans la loi suisse du 4 février 1919. Lausanne-Paris 1921.

Upozorňujíce na toto dílo, jednající o zárukách stálé splnitelnosti závazků ústavů pojišťovacích a o jejich úpravě švýcarským zákonem ze dne 4. února 1919, činíme tak ze dvou důvodů. Kniha sama předně zasluhuje pro svoji vysokou úroveň, aby došla pozornosti i v našich kruzích odborných. Založena jest na pečlivém předběžném studiu látky a znalosti příslušného zákonodárství a literatury evropské; autor probíraje ustanovení zákonodárství švýcarského, přihlíží stále k obdobným ustanovením jiných států, zvláště však k zákonodárství francouzskému a německému. Tím povznáší se stanovisko, s jakého kniha jest psána, a rozšiřuje se význam její i pro cizinu.

Druhou pak příčinou, proč se hodláme spisem tímto blíže zabývati, jest, že otázky v ní rozebírané mají zvláštní časovou důležitost pro naše domácí pojišťovnictví. Náš dosavadní »pojišťovací regulativ« (nař. min. vnitra, práv, obchodu a financí ze dne 5. III. 1896 č. 31. ř. z. o zakládání, zařízení a hospodaření pojišťoven) jest již zastaralý a nevyhovuje zvláště nyní v změněných poměrech hospodářských a politických potřebám našeho pojišťovnictví. Dokazuje to již řada novel a dodatků z nové doby.[1]) Jest proto nutna nová úprava této látky, aby soustředěny a doplněny byly roztroušené předpisy dosavadní a hlavně, aby odstraněna byla platnost dvojího různého práva v zemích českých a na Slovensku.[2]) Připravují se již návrhy nového pojišťovacího regulativu, a tu snad nebude na škodu přihlédnouti k úpravě této otázky v zemi, jež dosud šla v zákono-

---

[1]) Na př. nař. z 29. XII. 1917, měnící celou řadu předpisů, jehož platnost byla však nař. z 28. XII. 1918 odsunuta na dobu pozdější; nař. z 10. VI. 1919 č. 321, přizpůsobující regulativ novým politickým poměrům; nař. z 24. VI. 1920 o převzetí pojištění cizozemských pojišťoven pojišťovnami domácími; nař. z 3. IX. 1920, jímž mění se § 5. poj. regulativu; nař. z 21. VII. 1921 o nuceném ukládání jmění ve státních papírech.

[2]) Na Slovensku platí ustanovení obch. zák. z r. 1875 § 453—462, jimiž však nebyl zaveden státní dohled v té míře jako u nás, nýbrž jen princip publicity.

dárství pojišťovacím v čele států evropských, a srovnati ji se stavem zákonodárství našeho.

Původní zákon švýcarský o dohledu nad soukromými pojišťovnami pochází z 25. VI. 1885 a jest tedy nejstarší na kontinentě. Do války ještě vyhovoval, v změněných však poměrech poválečných ukázala se nezbytnost oprav. Protože však nejrychlejší nápravy bylo třeba k zabezpečení splnitelnosti závazků se strany cizozemských pojišťoven, v jejichž státech valuta silně poklesla, byla vyřešena tato otázka záruk pojišťoven samostatně zmíněným zákonem z 4. února 1919, jenž platí nyní ve Švýcarsku vedle širšího zákona původního.[3])

Povaha záruk pojišťoven našich a švýcarských jest zásadně rozdílná. Kdežto náš pojišťovací regulativ spokojuje se tím, že dává předpisy o nejnižší míře akciového kapitálu resp. zakládacího fondu, jakož i o výši a způsobu uložení reserv pojistného — pouze v § 17. vyhražuje se dohládacímu úřadu právo žádati složení kauce, bylo-li by toho třeba k zabezpečení splnění závazků ústavu pojišťovacího a ministerstvo vnitra dohlíží jen, aby předpisy tyto byly též plněny, žádá zákon švýcarský i skutečné složení předepsaných záruk a přiklonil se tím k systému záruk reelních, věcných, jenž v novější době nabývá stále více půdy v zákonodárstvích evropských.

Povinnost k zárukám stanovena jest podle § 1 zákona o zárukách pro všechny společnosti, jež byly připuštěny k provozování obchodů ve Švýcarsku podle zákona o dohledu. Nevztahuje se tedy na ústavy rázu veřejného, jakož i na drobné associace, jejichž pole působnosti jest místně omezeno. Nemůže ho býti též podle výslovného ustanovení (§ 1 odst. 3.) užito pro společnosti zajišťovací, pro něž platí tedy jen zákon o dohledu.

Příčina tohoto vyřazení společností zajišťovacích z působnosti zákona o zárukách leží v povaze zajišťování. Při smlouvě zajišťovací stojí proti sobě zajistitel a zajišťovaný pojistitel, jako rovnocenní odborníci, kteří nepotřebují tak dalekosáhlé ochrany se strany státu, mimo to pak v zajišťování zvláště vystupuje silně do popředí jeho povaha mezinárodní. Avšak ani v zájmu pojištěnců další ochrany není třeba, neboť jí již došli podle zákona o zárukách ve svém prvotním poměru k pojistiteli. Chybu činí však švýcarský zákon v tom, že mluví o společnostech zajišťovacích, nikoli všeobecně o zajišťování, takže dochází k mylným názorům, jakoby zajišťování prováděné ústavy pojišťovacími mezi sebou na tomto ustanovení účastno nebylo.

Druhým oborem pojišťovacím, pro nějž bývají v zákonodárstvích vzhledem k jeho povaze stanoveny některé odchylky, ač již zde důvody nejsou tak přesvědčující, jest pojišťování dopravní. Zákon o zárukách vychází tomuto oboru vstříc tím, že na něj nevztahuje povinnost skládati co záruku nejméně polovinu přijatého ročního pojistného ve Švýcarsku, jak tomu jest u ostatních oborů pojišťování škodového.

---

[3]) V dalším nazýváme krátce švýc. zák. z 25. VI. 1885 zákonem o dohledu, zák. z 4. II. 1919 zákonem o zárukách.

Záruka má býti složena u spolkové rady švýcarské, a to za každé provozované odvětví zvláště. Dohromady však tvoří jeden celek, takže v případě její realisace lze užíti přebytku v jednom odboru ke krytí nedostatku v odvětví druhém. Depositářem ustanovena jest podle § 5 odst. 1. Národní banka švýcarská, jež vydá společnosti depositni stvrzenku o uložených hodnotách a vybírá od nich poplatek za úschovu. Disposice hodnotami může se však státi pouze se svolením spolkové rady.

Záruky tyto jsou státem vyžadovány z toho důvodu, aby zabezpečeny byly závazky společnosti vyplývající ze smluv pojišťovacích, jež mají býti splněny ve Švýcarsku. (§ 2.)

Oprávněnost vymáhání záruk od společností pojišťovacích byla svého času popírána. Ukazovalo se na to, že jiné společnosti obchodní takových záruk poskytovati nejsou povinny. Proti těmto námitkám však stojí pádné důvody, jež takové záruky plně ospravedlňuji. Pojišťování — máme na mysli pojišťování životní, jež v oboru záruk hraje největší roli — jest určeno hlavně pro potřebu vrstev méně zámožných, jichž budoucnost není zabezpečena hotovým jměním a jež jsou tudíž nuceny pečovati o tyto potřeby ukládáním jistých částek z běžných příjmů, jež namnoze stačí jen ke krytí běžných potřeb životních, takže ukládání částek pro budoucnost znamená v přítomnosti jisté uskrovněni a mnohdy přímo oběť. Jest tedy spravedlivo, aby se stát zvýšenou měrou postaral o to, aby důvěra těmito vrstvami v ústavy pojišťovací skládaná nebyla zklamána, neboť škody nepořádným hospodařením ústavu způsobené nebylo by lze posuzovati jen podle ciferné výše, nýbrž i podle obět, s jakou prohospodařené kapitály byly opatřeny. Ostatně slouží dohled státní nad soukromým pojišťováním k dobru i ústavům pojišťovacím, jichž důvěra jest tím jen posílena. Tu nelze pominouti i důvodu Krafftova ve prospěch záruk: Právě proto, že stát udělil ústavu koncessi a i v dalším průběhu času, ho kontroluje, vzbuzuje u obecenstva mimoděk větší důvěru v ústav a má téměř morální povinnost starati se zvýšenou měrou o záruku splnění jeho závazků. Případný jest též důvod, že základy pojišťování jsou širšímu obecenstvu naprosto cizí, takže nejen že samo nemůže posouditi, zda protidávka jemu ústavem pojišťovacím slíbená odpovídá jeho plnění, nýbrž není ani samo s to přesvědčiti se, zda splnění se strany pojistitele jest dostatečně zabezpečeno. Konečně i se stanoviska národohospodářského nutno uznati odůvodněnost požadavku, aby zahraniční ústavy skládaly záruky své v tuzemsku, aby tím zabráněno bylo značnému odlivu kapitálu ze země.

Nestačí však jen posuzovati oprávněnost nebo neoprávněnost záruk státem, nýbrž, připustíme-li ji, stanoviti i přesně okruh smluv, za něž má býti záruka poskytována.

Jako kriterion pro přesné stanovení tohoto okruhu smluv uvádí Dr Krafft několik skutečností, jež by mohly přijíti v úvahu,[4]) z nich však vážně mohou býti vzaty pouze dva: místo uzavření smlouvy a místo

---

[4]) Místo uzavření smlouvy, domicil pojistníkův, místo placení prémie, příslušnost státní, místo splnění smlouvy.

splnění smlouvy, jež lze i kombinovati. Podle prvního kriteria chráněny jsou veškeré smlouvy, jež na území toho kterého státu byly uzavřeny. Výhodou jeho jest, že jest zcela jasné, od prvního počátku smlouvy dané, na pozdějších událostech nezávislé, a proto neměnitelné, takže i evidence takových smluv jest snadná. Jako nevýhodu možno snad považovati, že lze lehce obcházeti zákon smluveným označením jiného místa (v cizině) jako místa uzevření smlouvy a že nejsou chráněni vlastní příslušníci, uzavře-li smlouvu v zahraničí. Podle způsobu druhého požívají ochrany veškeré smlouvy, jež buď podle smlouvy nebo podle zákona jsou splatny v tuzemsku. I tento způsob má výhody prve uvedené, ač nikoliv přesně v téže výši, avšak jest dána možnost chrániti vlastní příslušníky i za hranicemi.

Náš pojišťovací regulativ béře za kriterion místo uzavření smlouvy, jak zřejmě vysvítá z vládního nař. ze dne 10. června 1919 č. 321 § 1 bod b), podle něhož mají cizozemské ústavy předložiti ministerstvu vnitra (jako úřadu dohledacímu) výkazy o přijaté prémii z obchodů v této republice uzavřených. Též § 11 t. z. ustanovuje, že předepsané reservy cizozemských pojišťoven, týkající se obchodů v ČSR. »provedených«, mají býti uloženy zpravidla ve státních papírech této republiky.

Naproti tomu přijal švýcarský zákon o zárukách stanovisko druhé a chrání tedy smlouvy, jež mají býti ve Švýcarsku splněny. Jest samozřejmé, že za těchto okolností mohou se vyskytnouti smlouvy, jež vůbec nepožívaly by ochrany, nebo že by u nich konkurovalo dvoje zákonodárství.

Výše záruk není pro společnosti pojišťovací stejná. Nutno ji přizpůsobiti povaze jednotlivých odvětví, při čemž zvláště vyniká rozdíl mezi pojišťováním životním a ostatními obory pojišťovacími ve způsobu vypočítávání výše reserv. Zákon švýcarský kromě toho ještě činí zásadní rozdíl mezi společnostmi domácími a zahraničními. Pro domácí společnosti ustanovuje výši záruky spolková rada podle stavu a poměrů provozovacích toho kterého ústavu. Není tedy stanovena zákonem určitá výše, nýbrž jest dána spolkové radě volnost přizpůsobiti výši záruky podle hospodářského stavu společnosti a zájmů jejích pojištěnců. Společnost domácí ve Švýcarsku musí sice tvořiti nutné reservy podle pravidel řádného hospodaření, aby závazky ze smluv pojišťovacích byly zabezpečeny, podléhajíc po té stránce dohledu státnímu, avšak výše věcné, reelní záruky (složené u Národní banky švýcarské) stanoví se spolkovou radou podle potřeby. Naproti tomu určena jest výše věcné záruky společností zahraničních v zákoně samém, a to v plné výši potřebné k zabezpečení jejich švýcarských závazků. Jako důvod pro toto různé nakládání s ústavy domácími a zahraničními uvádí se, že kontrola ústavů domácích jest lehčí, že daleko účinnějším způsobem mohou býti donuceny k plnění předpisů, jejich sídlo a velká část jmění nachází se v tuzemsku, rozsudky jsou proti nim beze všech obtíží vykonatelny podle domácího práva. Jest tedy toto opatření důsledkem nedostatečné úpravy mezinárodního práva processního a vůbec nedokonalosti mezinárodního součenství ve věcech soukromoprávních.

Zahraničním pojišťovnám životním ukládá zákon švýcarský povinnost složiti jako záruku celou prémiovou reservu, vypočitanou podle pravidel pojistné mathematiky a kromě toho ještě reservu doplňovací. Reserva pojistného vypočitaná na základě mathematickém jest zvláštností životního pojišťování a zmíníme se proto o ní blíže.[5])

Pojistné pojistníkem placené skládá se ze dvou částí: z čisté prémie a přirážky na správní výlohy. V pojišťování škodovém tato čistá prémie jest stanovena tak, aby souhrn přijatých čistých prémií v běžném roce postačil ke krytí pravděpodobné výše škod, jež v této době lze očekávati, podle zkoumání statistického a vlastní zkušenosti. Jest tedy tato čistá prémie pouze prémií risikovou a může býti v běžném roce plně spotřebena. Protože pak se toto risiko pouhým postupem času nemění, dokud nezasáhnou jiné okolnosti, zůstává i roční pojistné nezměněno, pokud ovšem jiným vlivem risiko samo se nezměnilo. V pojišťování životním však výše risika pro pojišťovnu pouhým postupem času (jak pojištěná osoba stárne) stále stoupá, takže, kdyby pojistné bylo stanoveno obdobně jako v pojišťování škodovém, musil by pojistník platiti pojistné rok od roku vyšší.[6]) Tato úprava by však při dlouhodobých smlouvách potřebám obecenstva nevyhovovala, ježto nejvyšší pojistné bylo by třeba platiti v době, kdy zpravidla výdělečná schopnost pojistníkova jest již zmenšena. Proto stanoveno jest pojistné v pojišťování životním ve výši buď stále stejné, nebo dokonce klesající (t. zv. pojištění se zaručeným podílem na zisku). Částky, o které pojistník zaplatil v prvých letech více, musí býti ovšem ústavem pojišťovacím reservovány pro úhradu zvýšeného risika v letech pozdějších. Při některých kombinacích, na př. při pojištění na úmrtí a při pojištění smíšeném, na dožití a úmrtí, jež jest dnes nejrozšířenější formou životního pojištění, nutno však v čistém pojistném platiti ještě zvláštní částku střádací, jež musí býti též v plné výši uložena do reserv a slouží k tomu, aby z jich souhrnu vyplacen býti mohl pojištěný kapitál i těm, kdož se stanovené doby dožili. Tento způsob výpočtu reserv na základě čistých prémií jest předepsán v našem pojišťovacím regulativu (§ 28 bod b), jenž stanoví též, že jak pojistné, tak i prémiová reserva mají býti počítány na společných základech, t. j. na základě společné tabulky úmrtnosti a úrokové míry.

Nutno však ještě přihlédnouti k oné části hrubého pojistného, jež představuje přirážku na správní výlohy. Jest rozlišovati náklady spojené s uzavřením pojištění a běžné náklady vyskytující se během celé doby pojištění. V životním pojištění jsou tyto náklady spojené s uzavřením pojištění, jež kromě toho zatěžují jen prvý rok trvání smlouvy, neobyčejně veliké ve srovnání s běžnými náklady let ostatních a největší položku mezi nimi činí uzávěrková provise. Měla by tedy společnost vybírati v prvém roce daleko větší přirážku na správní výlohy, než v letech

---

[5]) Karup, Handbuch der Lebensversicherung 1885; Broecker, Die Grundzüge der Lebensversicherungstechnik 1910; Manes, Versicherungswesen 1913 § 31.

[6]) Vyskytuje se, ovšem velice zřídka, v t. zv. krátkodobém pojištění na úmrtí.

následujících Toho však z pochopitelných důvodů nečiní,[7]) nýbrž stanoví v sazbách přirážku stále stejnou, průměrnou, jež v prvém roce zdaleka se nerovná skutečným nákladům, za to však v letech následujících jest o něco větší než náklady při jejím stanovení kalkulované. Vznikla proto myšlenka amortisovati částečně tyto veliké náklady prvého roku tím způsobem, že by se do jisté míry uhradily na úkor prémiové reservy, jež by jinak na prvý rok připadala a toto minus bylo by v pozdějších letech postupně nahraženo z onoho plus, jež pro společnost vybývá v letech následujících (metoda Zilmerova). Pojištěnci tím zkráceni nejsou (pokud nenastane předčasné zrušení smlouvy), neboť v době, kdy podle pravděpodobnosti nastane příhoda pojistná, jest opět plná reserva pohromadě. Tento způsob amortisace části nákladu prvého roku (provise uzávěrkové) není však podle našeho pojišťovacího regulativu § 28 bod b) dovolen.[8]) Tohoto omezení není ve švýcarském zákoně o zárukách a jest proto i tento způsob počítání reservy přípustným, pokud byl schválen spolkovou radou.[9])

Prémiová reserva poskytuje však dostatečné záruky za splnění závazků ze smluv jen potud, dokud nenastane větší úmrtnost neb menší zúročení kapitálů uložených, jež bylo položeno za základ jejího výpočtu, nebo neztratí-li na ceně hodnoty, v nichž jest uložena. Proto vyžaduje švýcarský zákon o zárukách (§ 3, 2) od společností zahraničních ještě složení záruky doplňovací. Tato reserva musí býti dotována 3% přijatého pojistného, dokud nedostoupí výše 6% reservy prémiové, pak se dotace zmenší na polovinu této výměry a veškeré dotování její odpadá, dostoupila-li záruka doplňovací výše 10% reservy prémiové. Této reservy náš pojišťovací regulativ nezná.

Jiné společnosti zahraniční než pojišťovny životní jsou švýcarským zákonem o zárukách zavázány složiti jako záruku polovinu svého ročního příjmu na prémiích. Výjimku tvoří, jak již v předu bylo řečeno, pojišťování dopravní. Náš pojišťovací regulativ jest v této věci podrobnější, určuje výši reserv pro jednotlivé obory pojišťovací zvlášť. (§ 28.)

Co do hodnot, v nichž záruky mohou býti složeny, ustanovuje švýcarský zákon o zárukách v § 4 odst. 1., že záruka musí býti složena nejméně ze tří čtvrtin v hodnotách švýcarských. Připuštěny jsou tedy z dosti velké části hodnoty cizozemské. V našem vládním nař. ze dne 10. června 1919 č. 321 § 11 stanoví se, že jiné krytí (než státními papíry této republiky) hodnotami k uložení sirotčího jmění přípustnými jest možno po zvláštním povolení, jež uděluje ministerstvo vnitra případ od

[7]) Mnohé pojišťovny vybírají však manipulační poplatek za vytovení pojistky, jenž ovšem musí se držeti jen v nízkých mezích, takže k úhradě učiněných nákladů nestačí.

[8]) Regulativ dovoluje však v § 21. nově založeným ústavům jiný (účetní) způsob amortisace: Společnost může umořovati organisační náklady a uzávěrkové provise postupně v několika letech a po tu dobu účtovati neumořený zbytek jako aktivum.

[9]) Též v republice rakouské bylo toto omezení odstraněno již nař. z 26. IV. 1919, nyní pak novou úpravou v obnoveném regulativu ze 7. III. 1921.

případu na odůvodněnou žádost. Jsou tedy za těchto podmínek připustny i hodnoty cizozemské. Ve prospěch tohoto zařízení uvádí se, že se jím provádí dělba rsika z možného znehodnocení kapitálů. Dnešní nestálé poměry valutní činí však cenu této dělby risika illusorní, dávajíce na jedné straně možnost opatrným využitím pohybu kursů získati cenné doplnění reserv, s druhé strany však může takováto dělba, nebyla-li prováděna s náležitou předvídavostí, způsobiti velké ztráty.

Druhy hodnot,[10]) jichž smí býti užito k ukládání kapitálů, určeny jsou v zákonodárstvích státních různě. V našem regulativu z r. 1896 byly podrobně vypočítány hodnoty způsobilé k úhradě reservy prémiové. Od této těžkopádné úpravy bylo však upuštěno ve výše uvedeném nař. z 10. června 1919, jež výslovně jmenuje pouze státní papíry domácí. Ostatní druhy hodnot mohou býti připuštěny jen na zvláštní povolení dohledacího úřadu. Švýcarský zákon o zárukách ponechává rozhodnutí o přípustnosti jednotlivých druhů hodnot cestě nařizovací, jež však opět dává instanci dohlédací moc uznati i jiné hodnoty způsobilé. Tato volnější úprava jest vzhledem k nynějším nestálým hospodářským poměrům nezbytna.

Zákonodárce dává tyto předpisy omezující volnost ukládací ústavů pojišťovacích hlavně v zájmu pojištěnců. Proto zdůrazňuje v prvé řadě bezpečnost uložení. Ústav pojišťovací musí však míti kromě toho na zřeteli i druhou podmínku uložení, totiž dostatečnou rentabilitu uložených kapitálů. Jak při stanovení sazeb, tak i při ukládání prémiové reservy jest počítáno s jistým zúročením (3½%, 4%), jež musí býti z celkového jmění docíleno, nemá-li společnost při uložených kapitálech přijíti ke škodě. Omezuje-li stát ukládací volnost pojišťoven, činí tak proto, aby snad společnost neuplatňovala příliš požadavek výhodnosti uložení proti bezpečnosti jeho. Při ukládání kapitálů nutno však hleděti též k tomu, aby je bylo lze lehce dobýti zpět. Tato podmínka likvidity (§ 29 odst. 3. poj. reg.) nevystupuje však u všech odvětví pojišťovacích se stejnou důležitostí. Musí jí především dbáti ta odvětví, v nichž jest na snadě možnost velkých a hromadných škod a tím i velkých výplat, aby nebyla jimi ohrožena platební schopnost ústavu. Platí tedy v prvé řadě pro společnosti zajišťovací, pojišťovny požární, krupobitní a dopravní. Naproti tomu není nutno klásti tak veliký důraz na tento požadavek u pojišťoven životních, jež uzavírají smlouvy pojišťovací na celá desítiletí a u nichž jest též možnost hromadného nastoupení velikých škod omezena. Tu jest možno sáhnouti i k takovým způsobům uložení kapitálu, jímž sice kapitál jest vázán delší dobu, avšak lze tím docíliti větší bezpečnosti neb výhodnosti uložení.

Pro společnosti pojišťovací přichází nejvíce v úvahu ukládání ve státních papírech a hypothekách, kromě toho pak uložení v jiných cenných papírech, v nemovitostech, vkladech u bankovních ústavů, v pojišťování životním i v půjčkách na vlastní pojistky. Poměr jednotlivých

---

[10]) Müller: Kapitalsanlage bei den Privat-Versicherungsgesellschaften.

způsobů uložení utvářil se v různych státech nestejným poměrem. V Německu bylo před válkou zvláště propagováno uložení kapitálu v zápůjčkách hypotečních, jež pokládáno za nejbezpečnější a nejvýnosnější. Také u nás uplatňovalo se značnou měrou. Válka však — či spíše její hospodářské následky — tento vývoj zarazila. Kdežto dříve mohlo býti uložení v hypothekách do polovice ceny nemovitosti pokládáno za naprosto bezpečné, nutna jest při dnešních ohromných cenách nemovitostí největší opatrnost, aby uložení neztratilo v budoucnosti na bezpečnosti. Dává se tudíž nyní přednost ukládání ve státních výpůjčkách, jež nad to v nynějších dobách velikých potřeb státu zaplavují trh ukládacích hodnot. Bylo dokonce též v některých státech zavedeno nucené ukládání ve státních papírech, u nás vládním nař. ze dne 21. července 1921 č. 238. Ve prospěch jeho uváděno, že stát jest nejbezpečnějším dlužníkem a očekávalo se v důsledku rozmnožené poptávky zvýšení kursu papírů státních a tím i další schopnosti úvěru státního a pod. Třebas však vývoj události nedal v mnohém za pravdu z očekávaných výhod, zůstáva uložení ve státních papírech prozatím nejdůležitější formou ukládací a nenarazila též jeho nucenost na odpor, zvláště když poskytnuty byly současně značné výhody pro jejich bilancováni, jimiž bylo zmenšeno nebezpečí kursovních ztrát (ovšem jen bilančních).

Přecházíme nyní k ustanovením švýcarského zákona o zárukách, jež platí pouze pro společnosti zahraniční a mají za úkol chrániti co nejvíce zájmy švýcarských pojištěnců v případě, že společnost upadla by do tísnivé situace hospodářské. Předpisů obdobných v našem zákonodárství není.[11]) Byly ostatně vyvolány hlavně nynějšími mimořádnými poměry a mají též jen pro takovéto doby svůj význam.

Utváří-li se hospodářská situace ústavu pojišťovacího tak, že ohrožena jest jeho platební schopnost, ustanoví mu spolková rada lhůtu, aby si dal své věci opět do pořádku. Podle výsledku tohoto zakročení ustanoví se spolková rada po poradě se spolkovým úřadem pojišťovacím (odborným poradním sborem) na dalších krocích, jež by proti společnosti v zájmu pojištěnců měly býti podniknuty. K uzdravění poměrů může též spolková rada nařiditi, že společnost nesmí dočasně prováděti odkupy svých pojistek, ani poskytovati jakákoliv plnění předem. Jest tedy tímto zásahem sistováno zákonné právo pojistníka na odkup pojistky, a to z té příčiny, že vzniká za takovýchto hospodářských poměrů společnosti t. zv. antiselekce, úkaz směřující proti prováděnému výběru risik se strany pojistitele. Risika dobrá, totiž pojištěnci mladší a zdraví, nemajíce dosti důvěry v řádné splnění smlouvy se strany ústavy, žádají v takových dobách za odkud pojistky, t. j. zrušují smlouvu pojišťovací a žádají vyplacení hodnoty odkupní, jež činí značnou část prémiové reservy (60—100% podle doby trvání smlouvy). Tento krok jest pro ně umožněn tím spíše, že jsou risiky dobrými, takže mohou se dáti pojistiti

[11]) Nejvýše možno uvésti zde § 40. poj. regulativu, jednající o zrušení společnosti pojišťovací, převedení základu pojišťovacího na jinou společnost a úplném zajištění.

u ústavu jiného, k němuž mají plnou důvěru, a není s tím spojena pro ně značnější majetková újma. S tou se konečně každý takový pojištěnec smíří, obává-li se, že by ho stihla větší škoda, kdyby zůstal pojištěn u ústavu původního. Risikům špatným, totiž pojištěncům starým a chorým, jest však tento přechod k jinému ústavu pojišťovacímu nemožným, neboť jiný ústav by buď vůbec s ním smlouvy pojišťovací neuzavřel, nebo jen za pojistné podstatně vyšší. Způsobil by si tudíž pojištěnec značnou a jistou škodu, kdyby žádal odkud pojistky; zůstane-li však smlouva dosavadní v platnosti, tu nejen že jest nadále pojištěn, nýbrž škoda, jež hrozila, může býti správným hospodařením dalším odvrácena. Dobrá risika společnosti tedy odejdou, špatná zůstanou. Mezi nimi ovšem řádí úmrtnost daleko vyšší, než s jakou bylo počítáno při stanovení pojistného a výpočtu prémiové reservy a společnost ocitá se v situaci ještě kritičtější. Slouží proto zákaz provádění odkupu pojistek v takovýchto dobách prospěchu pojištěnců a snazší sanaci ústavu. Pojištěnci tím ostatně nejsou zkráceni, neboť i tehdy, kdyby nechtěli neb nemohli pojistné dále platiti, zůstává jejich pojištění v platnosti, ovšem jest výše pojištěného kapitálu v poměru k zaplacenému pojistnému zredukována.

Kdyby tato dosavadní opatření nevedla k cíli, rozhodne se spolková rada přenésti celý pojišťovací základ dotyčné společnosti neb jednotlivé odvětví pojišťovací na jinou společnost a nenajde-li se ústav, jenž by byl ochoten tato pojištění převzíti, na stát. Kdyby však prémiová reserva nestačila na krytí závazků z běžných smluv, nezbylo by, než chopiti se posledního prostředku a prohlásiti úpadek společnosti. (§ 9 a 10.)

Přenesením portefeuille vstupuje ústav přejímající ve veškerá práva a povinnosti ústavu původního. Jemu tudíž náleží právo na další pojistné a naproti tomu jest zavázán plniti závazky z přejatých smluv. Toto získání zálkadu pojišťovacího jiné společnosti jest pro ústav přejímající značnou výhodou. Získání těchto pojištění stálo by pojišťovnu jinak velké výlohy organisační a akvisiční, kromě toho pak i další náklady běžné, nejen že jsou samy o sobě již malé, nýbrž jest možno právě tímto spojením dosíci ještě dalšího jejich snížení. Proto se děje mnohdy takovéto přenesení portefeuille zcela dobrovolně a nemusí býti naprosto jeho příčinou špatný hospodářský stav přejímaného ústavu.

O tomto dobrovolném převodu pojištění ustanovuje i náš pojišťovací regulativ z r. 1896 v § 40 a nejnověji vládní nařízení z 24. VI. 1920, v němž zmocňuje se ministr vnitra, aby v dohodě s ministrem financí a spravedlnosti sjednal a schválil podmínky pro převod pojištění od cizozemských ústavů pojišťovacích na pojišťovny domácí, pokud byla uzavřena se zdejšími příslušníky neb osobami, jež zde mají své stálé bydliště. Schválením převodu sprošťuje se dosavadní nositel pojištění všech závazků vůči pojistníkům a tito vstupují v pojišťovací poměr pouze vůči ústavu přejímacjícímu.

Nucený převod pojištění liší se od dobrovolného tím, že tu úřad dohlédací (spolková rada) sjednává smlouvu na místě ústavu přejímaného, jenž tudíž není smluvní stranou a není též třeba jeho svolení k platnosti převodu.

K platnosti převodu pojištění nevyhledává se však ani souhlasu pojistníků, ač jinak podle soukromého práva jak švýcarského, tak i našeho jest nutným souhlas věřitele ke změně dlužníka při převzetí dluhu,[12]) a převod pojištění jest též převzetím dluhu. Nutno však uvážiti, že úřad dohlédací sám již má na zřeteli zájmy pojištěnců a kromě toho, ža on sám nejlépe může posouditi, zda se přenesením pojištění situace jejich zlepší či nic.

Souhlasiti nutno též s názorem Krafftovým, že prejímací ústav neručí za své závazky vůči převzatým pojistníkům jen jměním a pohledávkami, převzatými, nýbrž celým svým jměním. Vyskytly se totiž názory opačné opírající se o okolnost, že by v případě ručeni celým jměním ústavu přejímajícího mohli býti zkráceni jeho dosavadní pojištěnci, kdyby převzatá aktiva nestačila ke krytí převzatých závazků. Nutno však vzíti v úvahu, že, přichází-li ústavu — tedy i jeho dosavadním pojištěncům — k dobru zisk vzešlý ze spojení obou základů pojišťovacích, není též příčiny vylučovati tuto zásadu v případě opačném, a to tím spíše, že se spojení stalo se strany ústavu přejímajícího zcela dobrovolně.

Nenajde-li se pojišťovna, jež by chtěla pojištění převzíti, obstará likvidaci sám stát (§ 9. odst. 2. švýc. zák.). Spolková rada ustanoví za tím účelem osobu fysickou neb kolektivitu, aby tuto likvidaci provedla. Smlouvy likvidací nejsou dotčeny, a závazky z nich budou plněny a to z převzatých aktiv, postupně jak nastane příhoda pojistná. Stát však tu ručí pouze do výše převzatých aktiv, nikoli jměním státním Naproti tomu však též vrátí po provedené likvidaci, jež ovšem může trvati celá desetiletí, přebytek společnosti, existuje-li ještě v té době.

Nedostačuje-li záruka složená ústavem pojišťovacím ke krytí závazků ze smluv pojišťovacích, požádá spolková rada soud konkursní v domicilu representace, aby realisoval hodnoty složené podle ustanovení konk. zákona. K tomu prostředku sáhne se ovšem jen tenkráte, nelze-li hrozící poškození pojištěnců odvrátiti žádným z předešlých způsobů. Spolkové radě jest tudíž ponecháno rozhodnutí o tom, jsou-li zde podmínky pro ohlášení konkursu, což ovšem se týká pouze konkursu na jmění složené jako záruky pro pohledávky pojištěnců, nikoli toho případu, kdy vyhlášen byl soudem konkurs na volné jmění společnosti pro jiné pohledávky, při čemž mají pojištěnci na záruku zákonné zástavní právo. (§ 6.) Další řízení jest již zcela v rukou soudu. Úpadek jest veřejně vyhlášen a pojištěnci vyzváni, aby své pohledávky a dluhy přihlásili. Po uplynutí čtyřnedělní lhůty od provedení řízení zrušují se smlouvy pojišťovací a prémie přeplacené, resp. v pojišťování životním příslušná prémiová reserva, vrátí se pojištěncům.

Zabývali jsme se tímto zběžným srovnáním zákondárství švýcarského a našeho, abychom ukázali mnohé rozdíly, jež mezi nimi panují ve věci záruk pojišťoven za stálou splnitelnost závazků ze smluv pojišťovacích. Jest patrno, že švýcarský zákon jde vtéto otázce mnohem dále a účinnějším způsobem hledí zabezpečiti plnění povinností vůči domácím

[12]) § 1405 všeob. obč. zák.

příslušníkům, především se strany zahraničních ústavů. Tuto zvláště stupňovanou ochranu pojištěnců cizozemských pojišťoven lze však vedle zmíněného nedostatku součenstvi mezinárodního přičísti z největší části velikým valutovým rozdílům mezi Švýcarskem a státy okolními. Jinak nebylo by lze přesvědčivými důvody prokázati nutnost tohoto různého nakládání a přísného rozlišování mezi oběma skupinami ústavů pojišťovacích. Dr. Julius Čapek.

---

## Politická ekonomie.

**Elster,** Die Seele des Geldes, Jena 1920, str. 370.

Kniha Elsterova má býti pokračováním práce Knappovy a Bendixenovy. Knappova theorie znamená dle autora nové svítání na poli peněžní theorie, avšak ona není zvláště po stránce hospodářské úplnou theorií peněz i potřebuje ještě doplnění přiměřenou hospodářskou theorií peněz. Po Knappovi následuje Bendixen; v něm vidí autor myslitele, jenž sice nedoplnil »státní theorii« peněz hospodářskou theorií, ale přece ji po stránce hospodářské v mnohém vybudoval. A nyní tedy přichází autor, žák a pokračovatel Bendixenův, s úmyslem, aby vycházeje z rozboru moderního hospodářství směnného a z příslušné theorie hodnoty a ceny nalezl hospodářskou podstatu (duši) peněz a aby nové učení podal systematicky, zvláště jeho základy a cíle. Za tím účelem rozdělil si celou látku ve 4 oddíly.

I. kapitola: **Peníze a hospodářství.** Zde zabývá se autor zvláště pojmem a podstatou peněz. Podává tři pojmy peněz. Jednak peníze znamenají podíl na společenské výrobě (Beteiligungsmöglichkeit am Sozialprodukte), jednak jsou platidly (Zahlungsmittel), při čemž placení není nic jiného než přenos oněch podílů na společenské výrobě, jednak konečně jsou peníze jako jednotka hodnotná mírou oněch podílů na společenské výrobě (Beteiligungsmaß am Sozialprodukte). V jakém poměru jou tyto tři pojmy navzájem? Na to odpovídá autor, že jsou to tři různé pojmy, různé dle podstaty i obsahu; avšak: spolu vzniklé a v podmínkách svého bytí do té míry na sebe odkázány, že pojmový konec jednoho musel by znamenati i konec obou ostatních. Podíl na společenské výrobě — prostředek přenosu podílu toho (platidlo) — míra onoho podílu (jednotka hodnotná): ony všechny jsou penězi. Z těchto tří pojmů je poměr prvého ke druhému: jako (abstraktní) možnosti ku (konkrétnímu) prostředku jejího uskutečnění; prvého ku třetímu jako substance ku množství, počítaných předmětů k číslu sčítajícímu; druhého ke třetímu jako měřítko míry k jednotce míry. To je dle autora synthese pojmů peněz. Při tom arci obsah oné představy, kterou autor nazval jednotkou hodnotnou, tedy hospodářský význam početní jednotky, pomocí níž se podíl na společenské výrobě ciferně vyjadřuje, není výronem právního řádu — ani Knap toho dle autora netvrdí — avšak není přece ve svém vývoji nezávislou na opatřeních státní měnné politiky.

II. kapitola: **Peníze a statky.** Zde zabývá se autor především oním již zmíněným pojmem společenské výroby (Sozialprodukt). Toto označení převzal autor od Schumpetra. Ale kdežto Schumpeter rozumí jím toliko úhrn nově vyrobených spotřebních statků, praví autor, že k společenské výrobě náležejí bez výjimky všechny ony předměty společenskohospodářského rozdělovacího procesu, za něž se ceny dávají i přijímají; počítá k ní tedy i statky kapitálové, jesťliže a pokud jsou předmětem rozdělovacího procesu statků. Na druhé straně arci tato společenská výroba tvoří zároveň konsumpční fond a sestává tudíž i tento spotřební fond ze všech statků nahoře uvedených, tedy i z kapitálových statků. Ve smyslu autorovy terminologie je tedy spotřebou, konsumem každé použití nebo lépe každé opatření (Inanspruchnahme) společenské výroby, tedy i opatření kapitálových statků! Autor ocitá se tu i v rozporu s Bendixenem, jenž rovněž staví oproti penězům jako nárokům na statky toliko statky spotřební. Následkem toho však dle autora Bendixen přichází sám se sebou do rozporu, neboť připouští kreaci peněz výdejem nových bankovek (Bendixen mluví tu dokonce o »klassickém« tvoření se peněz) netoliko při směnkách na nově vytvořené statky spotřební, nýbrž i statky kapitálové, ač přece tyto statky kapitálové ku společenské výrobě nepočítá. Další nesrovnalostí u Bendixena je prý též, že jakkoli dle Bendixena je vlastním účelem peněz, kupovati dle svého určení statky spotřební, je B. přece nucen uznati, že peníze sprostředkují též obraty statků kapitálových, jenže tu mluví o »vedlejší funkci« peněz.

Na čem závisí hodnota peněz? Autor obrací se tu především proti theorii důchodové (Zwiedineck, Liefmann, naproti tomu Wiesera, jenž první vysvětloval výši hodnoty peněz z poměru mezi důchody a statky, nejmenuje); vytváření se důchodů nemůže již proto hodnotu peněz určovat, poněvadž v důchodech samých se již projevuje hodnota peněz stejně jako v cenách. Falešná je prý antithesa, že ne peníze, nýbrž důchody kupují statky; vždyť přece důchody samy jsou penězi. Je pravda sice, že změna poměrů důchodových znamená vždy — ceteris paribus — i změnu poměrů cenových. To je správné, ale následuje z toho přece toliko, že obojí změny jsou zjevy paralelní. O tom, zda a jak jeden zjev je druhým příčinně určován, nepraví nám skutečnost ta ničeho. Naopak zbývá tu zodpověděti hlavní otázku, jaké příčiny — ležící mimo systém cenový a důchodový — mají se strany peněz vliv na systém cenový i důchodový, které monetérní příčiny jsou s to, změniti obé — i ceny i důchody.

Autor odpovídá na to, že je to množství peněz. V tomto základním učení, že množství peněz má hlavní vliv na vytváření se cen, souhlasí autor s theorií kvantitní, odporuje jí však potud, pokud chce stav cen ciferně určiti z kvantitního poměru mezi penězi a statky. Pod množstvím peněz nerozumí ostatně autor toliko zvláštní, tělesně hmatatelná platidla, nýbrž i peníze bankovní (Buchgeld). Rozmnožení těchto má na hodnotu peněz stejný účinek jako rozmnožení peněz hmotných (Handgeld). Jest však omylem dle autora, má-li se

za to, že nová kupní síla může býti vytvořena i jinak než vytvořením nových peněz, jmenovitě též úvěrem. Autor odmítá energicky falešný pojem »úvěrové inflace«, neboť úvěrem nemůže býti vytvořena nová kupní síla a z úvěru nemohou tedy vzniknouti peníze. Autor obrací se také proti názoru, že vedle množství peněz má na hodnotu jich vliv též rychlost oběhu. Rychlost oběhu nebo správněji intensita využitkování peněz projevuje se sice v cenách, ale není jich určující příčinou.

III. kapitola: **Peníze ve státě; měna.** Jádrem příslušných vývodů je zde »klassická theorie o tvoření peněz«, již Bendixen přispěl k objasnění peněžního problému podobně značně jako před tím Knapp svým učením o nominalitě peněžní jednotky. Elster nemá tu jiné snahy než podati a shrnouti rozházené vývody Bendixenovy, podotýkaje výslovně, že v jeho podání není jediné věty, která by dle svého obsahu nebyla duševním majetkem Bendixenovým. Tvoření peněz musí býti dle Bendixena zařízeno tak (to je jeho požadavek klassického tvoření se cen), aby jím hodnota peněz nedoznala změny. Peníze jako platidlo jsou dle Bendixena nárokem na část prodejní výroby spotřebních statků. Rozmnoží-li se tato, pak mohou býti vytvořeny také nové peníze, aniž by tím hodnota peněz doznala změny. Tomu je tak na př., když cedulová banka diskontuje směnky vzniklé z prodeje nového zboží a vydává na základě tom nové bankovky. Takto vydané bankovky jsou tedy Bendixenovi typem »klassických« peněz. Ovšem ani dle Bendixena nemusí všechny peníze, aby byly »klassickými«, být vytvořeny rovnoběžně se vznikem zboží. Bez účinku na ceny zboží jsou především hotovosti kasovní, neboť pokud zůstávají v jisté výši stále v pokladnách, nekupují zboží. Neodporuje tedy pravidlům »klassického« tvoření se cen, jestliže se vydají nové peníze ve výši potřebných pokladních hotovostí — třebas ani nebyly vytvořeny nové statky. To je tedy jádro učení Bendixenova, které Elster přejímá. Má jen dvě námitky. Jednak namítá, že Bendixen žádá toliko, aby nové peníze byly tvořeny jen v souvislosti s rozmnožením statků, ale nežádá prý opačně, aby také každému rozmnožení statků odpovídalo vytvoření nových peněz. Následkem toho není tu záruky, že poměr mezi množstvím peněz a statků zůstane vždy stejným neboli Bendixenovo učení o tvoření se peněz není dle autora přece jen klassickým. Za druhé namítá autor ještě, že je možným a častým případ, že netoliko výrobce vydá směnku na kupce (na př. velkoobchodníka), nýbrž že tento prodá zboží dále a vystaví novou směnku atd. a že tedy množství nových směnek a na základě jich vydaných bankovek převyšuje množství nových statků. (Tuto možnost nesouhlasu mezi statky a bankovními penězi uvádí také Schumpeter ve svém článku »Das Sozialprodukt und die Rechenpfennige« a vidí v ní jednu z příčin hauss cenových.) I zde tedy tvoření se peněz není »klassickým«.

IV. kapitola: **Peníze v mezinárodním styku platebním, valuta.** Autor obrací se tu proti t. zv. theorii »parity kupní síly«, podle níž mají směnečné kursy mezi dvěma zeměmi tendenci ustáliti se na takové výši, že poměr mezi peněžními jednotkami obou zemí odpovídá poměru jich kupní síly v obou zemích. Především není prý

správno, že jsou směnečné kursy výrazem tuzemských hladin cenových, a není též správným, že poměr valut dvou států je v obráceném poměru jich cenových hladin. Chybným je prý též domnívati se, že když v tuzemsku ceny stoupají, musí z tohoto důvodu tuzemské peníze v cizině býti níže oceňovány. Všechny tyto předpoklady nejsou prý nic jiného než spekulativní bludy vědy, která se skutečnému životu příliš odcizila. Skutečnost theorii té naprosto neodpovídá; možno tu poukázati na předválečný poměr mezi markou a dolarem, kdy přece kupní síla dolaru naprosto se nerovnala kupní síle 4 marek. Autor považuje za jedině správné učení Knappovo, podle něhož volba parity závisí vždy na rozhodnutí státu. Jedině rozhodnutím se státu, udržeti trvale určité intervalutární pari, vzniká také skutečně takové pari. Ovšem že nemůže býti jakékoli pari chtěno a trvale prosazeno, nýbrž pari to musí odpovídati pantopolickým vztahům; avšak nesmíme mysliti zase, že tyto pantopolické vztahy jsou určovány kupní silou peněz v obou zemích, vždyť všechna skutečnost naši praxe odporuje prý zcela oné theorii »parity kupní síly«.

To je tedy v krátkosti hlavní obsah obsáhlé knihy Elsterovy. Budiž mi dovoleno k jednotlivým bodům přičiniti mé poznámky a námitky.

K I. kapitole. Máme-li se se zdarem zabývati theorií peněz, měli bychom dávati vždy pozor na to, že slova peněz lze užívati v dvojím, rozdílném smyslu. V jednom, obvyklejším smyslu rozumí se penězi úhrn oněch zvláštních zevních předmětů, kterých se používá ku sprostředkování směn tím způsobem, že statky, kterých sami nepotřebujeme a které chceme směniti, vyměňujeme za ony všeobecně přijímané předměty (peníze) a za ty potom kupujeme si ony statky, jichž potřebujeme. Mohli bychom zde mluviti o oběživech (platidlech), neboť účel těchto »peněz« jest obíhati za účelem sprostředkování směn. V tomto smyslu rozuměl se pojem peněz ve starší theorii výhradně a i nyní ještě je to obvyklý smysl, v němž se slova toho užívá. Také theorie kvantitativní množstvím peněz rozumí množství peněz v tomto smyslu t. j. oběživ a měla by se, jak jsem již jinde podotkl, jmenovati vlastně případněji theorie oběživová (currencyová), kdežto ve skutečnosti bylo tohoto označení použito pro jistou odrudu kvantitativní theorie, o níž bude dále řeč. Vzniká otázka, co patří všechno k penězům v tomto prvním smyslu? Není pochyby, že peníze kovové a nesměnitelné peníze papírové. Pochybnějším je již věc při bankovkách směnitelných za kov. Jsou známy v té příčině živé spory literární, které byly vedeny svého času mezi onou dříve zmíněnou školou currencyovou, která počítala i směnitelné bankovky k oběživům a připisovala jich množství též účinek na hodnotu peněz, a mezi jejími odpůrci, k nimž se přidružil ve svém spise »Die Geld- und Credittheorie der Peel'schen Bankacte« též Wagner. Díváme-li se nyní s perspektivy časové na tento spor, nemůžeme neviděti, že pokud se týče praktických důsledků, jež theorie currencyová z učení svého odvozovala, chybovala, nevidíc, že výdej směnitelných kovem nekrytých bankovek nemusí vésti ku znehodnocení

peněz, jestliže oproti peněžným nárokům jimi reprezentovaným stojí též nové hodnoty statkové, a že naopak v přizpůsobení se výdeje těchto bankovek zvětšené výrobě je hlavní účel těchto bankovek. Ale pokud se týče pojmosloví samého, mám za to, že theorie currencyová správně počítala též směnitelné bankovky k oběživům, k penězům, neboť i u nich jde o zvláštní, zevní předměty, sloužící již svým určením sprostředkování směru.

V novější době však mnozí přední spisovatelé jdou ještě dále a zahrnují v pojem platidel i t. zv. peníze bankovní (pohledávky šekové a žírové); činí to na př. Irving Fisher, činí to i Cassel a konečně i Elster sám. Příčinu tohoto rozšíření pojmu platidla lze asi hledati v tom, že při omezení pojmu toho na ony nahoře uvedené zevní, zvláštní předměty (kovové peníze i bankovky) nebylo by naprosto možno, z množství těchto platidel vysvětliti všechny změny v hodnotě peněz. Bylo tedy nezbytně nutno, pojem platidel tímto způsobem rozšířiti, měla-li panující theorie o účinku množství platidel na ceny býti zachráněna. Přes to pokládám takové rozšíření pojmu platidla za nemožné a odporující samému smyslu slova. Platidly rozumí se přece zvláštní předměty sloužící výhradně k tomu, aby se převodem jich přenášely peněžní nároky a tákto sprostředkovaly směny. Kde však jsou taková platidla, konají-li se platy převodem v knihách bankovních (žírem) nebo řízením clearingovým? Je patrno, že jimi nejsou tu šeky, neboť jak praví Fisher, bankovní šeky jsou toliko poukázky, které oprávňují k převodu bankovních deposit, nejsou však samy platidly a nejsou též oběživy t. j. nejsou určeny k tomu, aby obíhaly. Platidly jsou však dle Fishera bankovní deposita, jež šeky representují, neboť majitelé jich chovají je právě proto, aby konali pomocí nich platy. Ona při tom nemění svého místa, zůstávajíce stále u banky; přes to prý však obíhají (cirkulují), ježto právo k nim šeky přechází z jedné osoby na druhou. A přece přihlédneme-li blíže, shledáme, že je uvedené zde pojetí nemožné. Platidla jsou prostředkem převodu peněžních nároků. Při placení žírovém takovým prostředkem mohl by být nanejvýše onen minimální vklad, jejž banky od svých žírových komittentů vyžadují. Ale tento předepsaný vklad se nepřenáší z jedné osoby na druhou, naopak bylo-li by nebezpečí, že bude vyčerpán, musí býti doplněn. To, co se zde přenáší, je však peněžní nárok, peněžní pohledávka sama, aniž by se tu k převodu tomu používalo nějakého prostředku převodu, nějakého platidla. Správně se tu tedy mluvívá o bezpeněžním placení, i můžeme tedy nanejvýš mluviti o novém způsobu placení, ne však o nových platidlech. Názor, že bankovní deposita sloužící za podklad výdeje šeku jsou platidly, vedl by k onomu podivnému důsledku, že pokud jsou deposita kryta hotovými penězi, jeden a týž obnos byl by dvakrát platidlem, jednou jako hotové peníze, podruhé jako depositum. Konečně se ani při této násilné interpretaci pojmu platidel nedosáhne zamýšleného účele t. j. úplného vysvětlení všech změn hodnoty peněžní; vždyť je možným vznik peněžních nároků i bez hotových i bez bankovních peněz, tak na př. zůstane-li kupec zboží kupní cenu dlužen. Schum-

peter i v těchto případech dokonce mluví o rozmnožení peněz neboli platidel. »Hospodářsky jde tu přece o placení a rozmnožení peněz pro tempore. Neboť děje se tu něco, co by, nebýt oné pohledávky knihovní, vyžadovalo přírůstek jiných peněz.« Ale je patrno, že tento názor Schumpetrův je zcela nemožným a že přivádí i onen nahoře uvedený pojem platidel ad absurdum. I vzniká tu otázka, je-li vůbec nutno, při výkladu změn hodnoty peněz vycházeti od množství platidel, a zdali nelze pojem množství peněz, které stojí oproti množství statků, vykládati si i jinak?

Tím docházíme k druhému smyslu, v němž se též užívá slova peněz. Myslí se tu na peněžní nároky, ať již nároky ty jsou representovány platidly nebo žírovými neb jinými podobnými bankovními pohledávkami nebo konečně i pohledávkami soukromými. V tom smyslu mluví o množství peněz stojícím oproti statkům theorie důchodová, vždyť peněžní důchody nejsou vlastně nic jiného než peněžní nároky, které během určité periody nově vstoupily v disposici jednotlivců a oproti nimž stojí statky rovněž během téže periody vzniklé. Tyto peněžní důchody nebo »peníze« v tomto druhém smyslu znamenají tedy skutečně podíl na společenské výrobě těchto nových statků.

Mohlo by se lehce zdáti, že tento pojmoslovný úvod je příliš obsáhlý a pro kritiku spisu, o nějž zde jde, zbytečným. Nicméně jsem pokládal přece nutným, jej předeslat, neboť mnoho omylů a nedorozumění vzniká, jak ještě uvidíme, z nedostatečného rozlišení obojího smyslu slova peněz. Tak můžeme nyní zaujmouti správné stanovisko též k oné, dříve uvedené definici Elsterově. Je patrno, že nemůže tu mysliti na peníze ve smyslu platidel, neboť podílu na výrobě nových statků lze sice nabýti získáním platidel, ale také bez něho. Musíme tedy pod »penězi« zde rozuměti úhrn nově vzniklých peněžních nároků. O těchto peněžních nárocích můžeme pak skutečně říci, že znamenají podíl na společenské výrobě, a můžeme také jednotku, v níž se tyto nároky vyjadřují, považovati za míru oněch podílů na společenské výrobě. Ale nemůžeme o nich říci, že jsou též platidly; vždyť jak Elster sám praví, platidla jsou toliko prostředkem přenosu peněžních nároků, avšak — to sluší zdůrazniti oproti Elsterovi, — nejsou jediným takovým prostředkem, neboť peněžní nároky mohou vznikati též bez platidel. To má své důsledky též pro problém hodnoty peněz.

K II. kapitole. Ku společenské výrobě počítají Bendixen, Schumpeter — a jak můžeme dodat, také Wieser — toliko nově vyrobené spotřební statky, kdežto Elster počítá k ní všechny předměty, za něž se ceny dávají a přijímají, tedy i statky kapitálové. Co je správné? Bylo právě ukázáno, že peněžními důchody nebo »penězi« v druhém smyslu třeba rozuměti všechny peněžní nároky během určité periody nově vzniklé. Oproti nim stojí všechny statky během téže periody nově vzniklé a pro trh vyrobené (na rozdíl od statků vyrobených i spotřebovaných v hospodářstvích soběstačných), tedy nejen statky spotřební, nýbrž i kapitálové — potud má pravdu Elster. Ale pro výši hodnoty peněz nepřicházejí v úvahu všechny tyto statky, nýbrž toliko statky spotřební — v tom mají zase

pravdu oni druzí spisovatelé nahoře jmenovaní. Jenže se nesmí oproti těmto statkům spotřebním postaviti celý peněžní důchod, nově vzniklý (neboli původní na rozdíl od důchodů odvozených nebo přenesených), nýbrž toliko ona část důchodu toho, která je určena ke koupi spotřebních statků. Toliko poměr mezi touto částí důchodu a množstvím nově vyrobených statků spotřebních určuje hodnotu nebo kupní sílu peněz, naproti tomu na poměru mezi onou částí důchodu, jež je určena ke kapitalisaci, a množstvím kapitálových statků závisí poměrná cena kapitálových statků neboli výše úrokové míry. Toho oni spisovatelé nevidí a v tom směru sluší důchodovou theorii doplnit, jak jsem to ve svém spise »Kupní síla peněz...« podrobněji rozvedl.

Elster namítá arci proti theorii důchodové, že změna hodnoty peněz projevuje se stejně v cenách jako v důchodech, že obojí tyto změny jsou zjevy paralelní a že sluší hledati jich společnou příčinu, kterou je rozmnožení peněz. Na to lze odpověděti, že je sice pravda, že i změněná hodnota peněz projevuje se jak v důchodech tak i v cenách, že však z důvodů, které jsem ve svém spise (str. 107) uvedl, je mezi důchody na jedné a cenami na druhé straně přece jen podstatný rozdíl v tom, že zvýšení jednotlivých peněžních důchodů (bez současného rozmnožení reálních statků) vede též ku zvýšení cenové hladiny, nikoli však zvýšení cen jednotlivých statků také ku zvýšení důchodů, takže můžeme právem se Zwiedinckem mluviti o jakési primaritě důchodů. Je tedy označení »důchodová theorie« zcela oprávněno (třebas bychom ještě přesněji mohli jako příčinu stoupání nebo klesání cenové hladiny označiti jistou disproporcionalitu ve výrobě statků, že totiž statků jistého druhu [spotřebních, kapitálových, platidel] bylo uvedeno na trh více, než je po nich poptávka). Omyl je, myslí-li Elster, že společnou příčinou stoupání cen i důchodů je rozmnožení peněz. Neboť buď Elster rozumí peníze v druhém smyslu dříve uvedeném, t. j. nově vzniklé peněžní nároky, pak souhlasí vlastně s theorií důchodovou. Nebo má na mysli peníze v prvním smyslu neboli platidla, pak jest učení jeho falešné, neboť znehodnocení peněz může nastat i bez rozmnožení platidel. Jest tomu tak v případě úvěrové inflace. Elster arci úvěrovou inflaci popírá, poněvadž jí nerozumí. A nerozumí jí proto, že si svou definicí platidel sám cestu k porozumění zatarasil.. Počítáť, jak jsme viděli, i deposita žírová k platidlům a vysvětluje tedy na př. stoupání cen v Anglii za světové války a po ní inflací platidlovou t. j. rozmnožením oněch žírových deposit.[1]) Ve skutečnosti však nemůže tu vzniknouti platidlová inflace v poněkud větší míře, neboť zvláštních platidel tu není a zápůjčky bankami poskytnuté musejí býti hrazeny jinými pohledávkami. Přes to může tu vzniknouti inflace jiného druhu. Jestliže totiž stát úroky ze svých dluhů platí vždy zase novými dluhy,

[1])Podobně činí ostatně i Cassel ve svých Memorandech a i anglický výbor měnný pod předsednictvím lorda Cunliffe-a (First Interim Report of the Commitee on Currency . . .).

zvětšují se tím peněžní důchody majitelů těchto půjček a rozmnožuje tudíž celkový peněžní důchod i důchod věnovaný ke koupi spotřebních statků, kdežto množství jich se nerozmnožilo (rozmnožilo se jen množství kapitálových peněžních statků). Stoupají tedy ceny a klesá hodnota peněz, avšak příčinou není inflace platidel, nýbrž inflace úvěru; také účinky jsou tu zcela jiné než při inflaci platidlové (na př. na úrokovou míru nebo na hojnost platidel).

Stanovisko, jež zaujímá Elster k theorii kvantitativní, je tedy dle mého náhledu zcela zvrácené. Lzeť říci, že právě ona myšlénka kvantitativní theorie, proti níž se Elster obrací, totiž onen ciferní kvantitativní poměr mezi penězi a statky, je správná. Při rozmnožení statků neklesá hodnota statků v nějakém pevnémpoměru ku množství, ježto tu také rozhoduje křivka poptávky, ale při rozmnožení peněz klesá úměrně hodnota peněz, ježto tato hodnota je určována toliko vztahem mezi množstvím peněz a statků. Na to upozornil svého času již Mill. Ale ovšem množstvím peněz třeba rozumět, jak plyne z toho, co bylo řečeno, nikoli množství oběživ nebo platidel, nýbrž množství peněžních nároků. Jelikož pak právě tato okolnost (množství oběživ) charakterisuje obvyklou theorii kvantitativní (jež by se měla tedy vlastně jmenovat oběživovou), lze tuto theorii považovati za nesprávnou, třebas Elster s ní projevuje souhlas.

K III. kapitole. Podle Bendixena, jak jsme viděli, je tvoření nových peněz oprávněno tehdy, jestliže odpovídá vytvoření nových statků. Elster souhlasí s ním, namítá však toliko, že by vlastně také každému rozmnožení statků mělo odpovidati vytvoření nových peněz, třebas nečiní z toho dalších důsledků. Jakkoli nechci upírati Bendixenovi zásluhu o to, že na tento problém upozornil a řešení jeho zahájil, mám přece za to, že Bendixen nevidí tu zcela jasně — tím méně arci Elster. Příčinou je, že oba nerozlišují mezi oběma pojmy »peněz« nahoře uvedenými.

Pokud se týče peněz v druhém smyslu t. j. peněžních nároků, lze o nich skutečně říci, že ony vznikají při každém rozmnožení nových statků a odvedení jich do společného trhu (prodejem) — ať již kupec zaplatí hotově nebo poukazem na banku nebo zůstane kupní cenu zatím dlužen — a že je tu tedy onen nahoře zmíněný požadavek Elsterův úplně splněn. Na druhé straně pak bylo by žádoucno, má-li hodnota peněz zůstati stálou, aby takové peněžní nároky vznikaly jen tehdy, když jim odpovídá vytvoření nových statků reálních, po nichž je za daných poměrů poptávka. Ve skutečnosti arci mohou vzniknouti peněžní nároky též při vzniku statků, které neukojují žádnou potřebu, statků »fiktivních« (ať platidel nebo peněžních kapitálových statků); následek musí býti zvětšení množství peněžních nároků bez zvětšení statků »reálních« nebo znehodnocení peněz. Naopak musí také při každém konsumu (definitivním odnětí statků z trhu) odpadnouti přiměřený peněžní nárok (»důchod byl skonsumován«). Ovšem odpadá tento peněžní nárok i tehdy, když se ho použije k odstranění oněch nahoře zmíněných fiktivních statků (splácení papírových peněz, státních výpůjček); ná-

sledek musí býti zlepšení poměru mezi zbylými peněžními nároky a reálními statky, peníze se zase zhodnocují. Těmito příčinami lze hlavně vysvětliti historické změny hladiny cenové (nikoli změnami ve výrobě drahých kovů, jak se obyčejně za to má).

Jak se má však věc s penězi v prvním, obvyklém smyslu neboli platidly? Je správné, žádá-li se i zde, aby vznik nových platidel dál se rovnoměrně se vznikem nových statků (theorie klasického tvoření se peněz)? Mám za to, že je to omyl. Podnět k němu zavdalo asi pozorování, že zvýší-li se nadmíru množství nesměnitelných bankovek — nebo stejně kovových peněz — znehodnotí se ve stejném poměru peníze, naproti tomu zvýší-li se značně množství směnitelných bankovek nebo pohledávek žírových, že nenastávají takové účinky. Z toho se soudilo, že v prvním případě znehodnocení peněz nastává proto, že oproti vzniku nových platidel nestojí přírůstek nových statků, kdežto v druhém případě novým bankovkám nebo žírovým pohledávkám odpovídají nové statky, i žádalo se tedy všeobecně, aby vznik nových platidel byl vázán na vznik nových statků.

Jenže lze tyto různé účinky na ceny vysvětliti též jinak a správněji, jak myslím. Nerozhoduje tu totiž přírůstek nových **platidel**, nýbrž přírůstek nových **peněžních nároků**. Při výdeji nesměnitelných bankovek — a podobně i kovových peněz — vznikají totiž **nové** nároky peněžní, jimž neodpovídají nové statky reální, nýbrž toliko dluh statu. Proto dochází tu ku znehodnocení peněz, neboť zvyšují se tu peněžní důchody, zvyšuje též část peněžních důchodů věnovaná koupi spotřebních statků, kdežto množství těchto statků se nezvětšilo — tudíž ceny jich musí stoupnout. Naproti tomu při výdeji směnitelných bankovek — a podobně i žírových platidel — vznikají nová platidla — po případě nové možnosti placení — ale nevznikají tu výdejem tím jako takovým vůbec nové peněžní nároky, nýbrž toliko nároky, které tu byly již před tím, nabývají nové formy. Tak při výdeji bankovek peněžní nárok oproti určitému individuelnímu dlužníku, splatný až v několika měsících, jejž by nikdo nepřijal za své zboží nebo práci, přeměňuje se v ihned splatnou pohledávku oproti cedulové bance, již každý je rád ochoten přijmouti co kupní cenu. Výhoda této přeměny a účel záleží tedy v tom, že výrobce může nyní své pohledávky použiti ke koupi statků neb zaplacení dělnictva a pokračovati ve výrobě. Ovšem nebezpečí záleží v tom, jestliže se použije tohoto úvěru k jiným účelům než výrobním (finanční směnky) nebo k nepřiměřené výrobě jednotlivých druhů statků (na př. k přílišné výrobě statků kapitálových). Podobně i při převodu pohledávky na žírové konto pohledávka oproti jednotlivému dlužníku mění se v pohledávku oproti bance, která má zase sama množství pohledávek, i může pak lehce býti s nimi kompensována neb použita k platům.

Ale zdůrazniti sluší, že ani při výdeji bankovek ani při převodu pohledávky na žírové konto jako takových nevzniká nový peněžní nárok, který by tu nebyl již dříve býval. Proto vznik bankovky nebo žírové pohledávky sám nemá na hodnotu peněz vlivu, nýbrž záleží toliko na vzniku původní pohledávky. Vznikla-li

tato legitimně (t. j. následkem vytvoření nového statku, jehož byla hospodářská potřeba), pak hodnota peněz se nemění. Vznikla-li illegitimně (inflací platidlovou neb úvěrovou), pak hodnota peněz klesne. Z toho, co uvedeno, plyne dále, že sebe větší rozmnožení bankovek neb chekových pohledávek nemá na hodnotu peněz vlivu, jestliže původní peněžní nároky vznikly legitimně. Ale na hodnotu peněz nemá ani vlivu, jestliže se následkem vzniku jednoho statku vydá vícekrát směnka a vydá více bankovek (nová peněžní pohledávka je tu přece jen jedna, neboť oproti peněžním pohledávkám dalších prodavačů stojí i peněžní závazky jich oproti prodavačům předcházejícím). Z toho jde na jevo zcela jasně, že ona skutečnost, jíž Schumpeter přikládá takový význam pro vysvětlení vzniku haussy, nemá vůbec významu. Ale plyne z toho opět nesprávnost theorie kvantitativní (nebo správněji vlastně oběživové), neboť množství oběživ se tu zvětšilo bez současného rozmnožení statků a přece nemá to vlivu na hodnotu peněz.

K e IV. kapitole. Zde mohu býti poměrně stručným. Pokládám učení, ze pari směnečných kursů mezi 2 neb více zeměmi závisí n a r o z h o d n u t í s t á t u, za z c e l a n e s p r á v n é. Elster omezuje je arci tím, že praví, že stát stanově toto pari, nemůže si počínati libovolně, nýbrž že musí při tom přihlížeti k pantopolickým poměrům. Ale tímto dodatkem stává se ono učení zcela bezcenným. Je to podobně, jako kdyby někdo vida, že hypoteční banka reguluje kurs svých zástavních listů, řekl, že kurs ten závisí na jejím rozhodnutí, dodávaje, že banka musí tu arci přihlížeti k úrokovým poměrům. Tímto dodatkem pozbývá první tvrzení každého významu. Správně musíme říci, že banka může sice možné oscillace kursu omezit, že však vlastní příčinou výše kursu jsou okolnosti určující výši dlouhodobé míry úrokové, t. j. množství úspor na jedné a možnosti oklikové výroby na druhé straně. Podobně musíme i při směnečných kursech hledati příčiny určující trvale jich výši. A tu mám za to, že působí tu přece jen h l a v n ě p o m ě r k u p n í s í l y p e n ě z v z e m í c h, o něž jde. Ovšem s d v ě m a o m e z e n í m i, která jsou zároveň odpovědí na hlavní námitky Elsterovy. P r v n í o m e z e n í záleží v tom, že pro srovnání kupní síly různých peněžních jednotek přicházejí v úvahu j e n c e n y s t a t k ů m e z i n á r o d n í h o o b c h o d u, nikoli však statky domácí. Proto vezmeme-li do srovnání také ceny domácích statků, nemusí arci celková kupní síla peněžní jednotky v obou zemích a výše směnečných kursů státi ve stejném poměru. A d r u h é omezení záleží v tom, že o nějakém trvalejším pari nelze mluviti potud, pokud se p o m ě r y n e s t a b i l i s o v a l y. Dokud mezi jednotlivými rozhodujícími činiteli není tu dosaženo trvalé rovnováhy (na př. ve státním hospodaření není dosaženo rovnováhy nebo úroková míra a diskont jsou buď pod nebo nad svou normální výši), lze očekávati další změny cen (stoupání nebo klesání hladiny cenové), až se porušená rovnováha zase napraví a směnečné kursy do jisté míry ustálí.

Z á v ě r. Výsledek našeho rozboru je, že »peníze« mají vlastně ne jednu, nýbrž d v ě d u š e. Vskutku mezi »penězi« co peněžními nároky a »penězi« co platidly je velký rozdíl pojmový. Ale Elster tohoto roz-

dílu nečiní a přenáší to, co platí o peněžních nárocích (že ony jsou podílem na společenské výrobě, že měly by vznikati jen následkem výroby potřebných reálních statků a že není-li tomu tak, peníze se znehodnocují), na peníze co platidla a dochází tím k nesprávným závěrům (tak znehodnocení peněz nemusí nastati jen při rozmnožení platidel a rozmnožení platidel nemusí naopak ani v tom případě, kdy se reální statky nerozmnožily, vésti vždy ku znehodnocení peněz, podíl na společenské výrobě nepředstavují jen platidla).

Nelze tedy říci, že by byl Elster přinesl něco nového a že by byl problém peněz objasnil, nýbrž spíše jej zatemnil. Přes to jeho kniha má aspoň potud zásluhu, že autor chtěje systematicky podati výsledky novějšího theoretického myšlení o problém peněžní, obnažil tím více vady a nedostatky tohoto myšlení a ukázal tím — proti své vůli — cestu správnější. Kniha jeho nabádá tedy k novému uvažování o problémech peněžních, jehož je zde tím více potřebí, ježto staré učení se povážlivě viklá a, jak mám za to, brzo bude nahraženo učením zcela jiným, jež vrhne reflex i na jiné části národohospodářské theorie.

V. Mildschuh.

---

# ZPRÁVY.

**Z České Akademie věd a umění.** První třída České Akademie věd a umění v Praze vypisuje cenu Kč 1500 z fondu JUDra Antonína Pavlíčka za nejlepší práci z oboru práva soukromého. O cenu tuto ucházeti se mohou práce pojednávající »O smlouvách ve prospěch třetích«. Lhůta k podání rukopisů běží do 30. dubna 1923. Ke konkursu připustí se jen práce, při nichž bude použito buď písma strojového nebo rukopisu naprosto čitelného. Cenu přisoudí první třída České Akademie, vyslechnouc návrh tříčlenné poroty k tomu konci předem zvolené.

---